

Modelo de Justicia en la construcción de un régimen jurídico transicional en la ley de víctimas en Colombia –

Informe Final

Estudiante Alberto Bejarano Schiess, cód. 041073342

**Universidad Libre
Facultad de Derecho
Área de Formación Investigativa
Centro de Investigaciones Socio jurídicas**

Bogotá, 2014

**Modelo de Justicia en la construcción de un régimen jurídico
transicional en la ley de víctimas en Colombia**

**Monografía de Grado para optar por el título de Abogado
Profesor Adalberto Beltrán**

Estudiante Alberto Bejarano Schiess, cód. 041073342

**Universidad Libre
Facultad de Derecho
Área de Formación Investigativa
Centro de Investigaciones Socio jurídicas**

Bogotá, 2014

Universidad Libre

Fundador Benjamín Herrera

Ideólogo Dr. Jorge Eliecer Gaitán

**Presidente:
Luis Francisco Sierra Reyes**

**Presidente Sede Principal:
Eurípides Cuevas Cuevas**

**Rector Nacional
Dr. Nicolás Enrique Zuleta**

**Rector Sede Principal:
Dr. Fernando E. D'janon**

**Decano Facultad de Derecho:
Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora**

**Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas:
Dr. Rafael Ballen**

**Secretario Académico
Dr. Álvaro Aljure**

**Docente
Dr. Adalberto Beltrán**

Concepto Docente;

Me permito certificar que la siguiente monografía y su informe final cumplen con los presupuestos de pertinencia, en tanto el tema resulta de interés para el momento y su desarrollo es adecuado y conforme a los estándares del Centro de Investigaciones y la materia investigación V.

En tal sentido me permito rendir concepto positivo y certificar que la mencionada es apta para ser considerada como proyecto de Monografía de Grado para optar por el título de Abogado.

-Firmado-
Profesor
Adalberto Beltrán
FACULTAD DE DERECHO
Universidad Libre

Tabla de Contenidos

❖	<i>Introducción.....</i>	<i>Pág. 6</i>
❖	<i>Capítulo 1; Presentación de la discusión en torno a la “Ley 1448 de 2011”</i>	<i>.....Pág. 16</i>
I.	Justificación; lectura del modelo de victimización	
II.	Caracterización del Conflicto objeto de la ley 1448 de 2011	
❖	<i>Capítulo 2 ; Marco teórico aplicado al análisis de la “ley de víctimas”</i>	<i>.....Pág. 33</i>
I.	El esquema neoclásico en John Rawls	
II.	La mirada crítica de la sociedad disciplinaria y el enfoque dialéctico en ciencias sociales	
❖	<i>Capítulo 3; Análisis para entender el modelo de justicia concebido para las víctimas en Colombia</i>	<i>Pág.50</i>
I.	Modelo de Justicia en la ley	
II.	Análisis comparativo de la ley y el marco teórico	
III.	Presentación temática de la ley 1448 de 2011	
IV.	Contenidos esenciales de la Ley 1448, “De las Víctimas”	
V.	Los indicadores del fenómeno de la victimización objeto de la intervención de la ley 1448	
VI.	Discusión sobre el modelo de Justicia contenido en la ley 1448;	
VII.	La “dignidad humana” y los deberes naturales en la ley 1448;	
VIII.	La Situación Inicial y el Reconocimiento de las Víctimas del Conflicto armado interno	
IX.	Justicia Transicional y el contrato social	
❖	<i>Capítulo 4 ; Conclusiones; El modelo de Justicia en la ley de Víctimas</i>	<i>.....Pág. 94</i>

Introducción

El problema de la investigación a saber radica en ubicar desde la teoría jurídica, la concepción de lo que el autor John Rawls¹ define como “*el sistema de justicia*” y las “*instituciones*”² en las políticas públicas dirigidas a la atención a las víctimas del conflicto armado en Colombia y el desfase existente entre los fenómenos jurídicos y antijurídicos regulados por estas normas y la racionalidad que las soporta.

En particular se trata de identificar mediante un análisis de contenidos dogmáticos los presupuestos de orden jurídico presentes en la ley 1448 de 2011 “*Por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan disposiciones*”³. Ley que fuera promulgada ante la necesidad creciente por atender las demandas de las víctimas del conflicto armado en Colombia, que ha marcado la historia reciente de nuestro país y que ha registrado más de 6 millones de personas ⁴ directamente afectadas por las acciones violentas de los actores armados en nuestro país. La llamada *ley de Víctimas* promulgada el 10 de junio de 2011, primer año de Gobierno del primer periodo del Presidente Juan Manuel Santos, en tanto ley de la República expresa un *sistema de justicia* que intenta asumir (en la versión del profesor Rawls) la tarea de *asignar derechos y deberes* y determinar *la división de ventajas debidas a la cooperación social y los esquemas compensatorios que emanan de los desequilibrios en distribución de los anteriores*⁵ para el caso de los procesos de victimización y violación masiva de los derechos humanos en nuestro medio, durante el período comprendido entre el 1ro de enero de 1985 a la fecha.

Este sistema de justicia a su vez se inscribe en una confrontación permanente entre sus postulados y la realidad que pretende regular. El contraste presente

¹ **John Rawls** 21 de febrero de 1921, Baltimore, Estados Unidos - 24 de noviembre de 2002, Lexington, Massachusetts, Estados Unidos. filósofo estadounidense, profesor de filosofía política en la Universidad Harvard y autor de *Teoría de la justicia*, (1971), *Liberalismo político* (1993), *The Law of Peoples* (1999) y *Justice as Fairness: A Restatement* (2001). Phd. de Princeton en 1950, Beca del Programa Fulbright para la Universidad de Oxford, donde fue influenciado por el teórico político liberal e historiador Isaías Berlín, y principalmente por el teórico jurídico H.L.A. Hart. Profesor en Cornell University y MIT. En 1964 se transfirió a la Harvard University, ejerció gran influencia sobre toda una generación de académicos, entre ellos a Thomas Nagel, David Lyons, Thomas Hill, Joshua Cohen, Christine Korsgaard, Elizabeth S. Anderson, y Barbara Herman.

² Rawls, John, *Teoría de la Justicia. Los Principios de la Justicia*. 3ra edición, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1997. p.62

³ Colombia. Congreso de la República. Ley 1448 (10 de Junio de 2011) “Por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan disposiciones” Diario Oficial. Bogota. Diciembre del 2011

⁴ Revista SEMANA. Proyecto Víctimas. En; Revista SEMANA.3 al 10 de Junio de 2013. Edición Especial 1622. Pág. 96.

⁵ Rawls. Op.cit. p.62

entre hechos y normas se expresa en lo que el autor Luigi Ferrajoli llama la “*ineficacia del derecho*”⁶ que consiste en distinguir entre vigencia y efectividad de las políticas públicas y los impactos de dicha intervención del Estado respecto de la actividad humana en el medio social; lo cual parte de establecer los contenidos y la forma en que se concibe una determinada institución jurídica que puesta a jugar en la regulación de los conflictos de la sociedad expresa *una manera de entender el rol de la justicia*, la cual sin duda alguna remite a verificar desde el punto de vista teórico y práctico sus reales posibilidades de alcanzar sus objetivos en el todo social.

Es tal la “*ineficacia del derecho*” que comporta el problema a abordar en este caso, que el Dr. Ferrajoli lo señala como una divergencia entre hechos y normas que se expresa de la siguiente manera;

*En lo que concierne a esta divergencia me limito aquí a destacar que, aun siendo en cierta medida inevitable y fisiológica, ha alcanzado en estos años formas y dimensiones patológicas, que socavan de raíz nuestras democracias y se manifiestan, sobre todo en las relaciones internacionales, en forma de ilegalidad sistemática, piénsese en las guerras, en los crímenes impunes contra la humanidad y en las violaciones masivas de los derechos humanos. Se trata de un fenómeno que amenaza con desacreditar el paradigma de la democracia constitucional en su conjunto y que reclama por tanto de una teoría normativa de la democracia que tome en serio el derecho positivo, no solo la crítica de las ilegalidades institucionales, sino también el diseño de garantías e instituciones de garantías idóneas para reducirlas, si es que no para eliminarlas*⁷

El problema de la investigación que nos ocupa aborda precisamente el análisis de la *teoría normativa* de la que habla Luigi Ferrajoli y la concepción de tales garantías e instituciones para el caso colombiano contenidas en el debate jurídico parlamentario y sus relaciones e implicaciones en la opinión pública a partir de la discusión, votación y promulgación de la mencionada ley de Víctimas, ley 1448 de 2011, “*por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*”

La *ley de Víctimas* como objeto de nuestro estudio, parte de un conjunto de decisiones en materia de políticas públicas que configuran los antecedentes de legislación abocados sobre la materia y que han visto promulgar desde junio del 2005 a la fecha, tanto la misma *ley de víctimas* como su similar de *Justicia y Paz*, - así como las sucesivas prórrogas de la ley 418 que autorizan los diálogos con

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Principia Juris, Teoría del Derecho y la Democracia, Metateoría del Derecho*, Traducción al Español, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Pg 36

⁷ Ibid. . Pg 37

grupos armados ilegales; en esta materia distintos analistas señalan como la declaratoria en el año 2004 del *Estado de cosas inconstitucional* en términos de las víctimas del desplazamiento forzado mediante la Sentencia T-025 por parte de la Corte Constitucional, quien señaló mediante esta providencia judicial, el incumplimiento sistemático de la Ley 387 de 1997, en lo referente a garantizar los derechos de las víctimas abocadas en materia de la verdad, justicia y reparación, constituyó uno de los referentes principales en el proceso institucional de diseño de políticas públicas que conduce a la ley 1448 del 2011. A esto le siguen otros procesos importantes tales como el trámite de aprobación de la ley orgánica 1450 del Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 y sus anexos contenidos en el documento “*Anexos del Plan Nacional de desarrollo*” del primer periodo presidencial de Juan Manuel Santos, el proyecto de reforma constitucional denominado como *Marco Jurídico para la Paz*, los intentos por reformar la Justicia Penal Militar así como otras iniciativas gubernamentales afines tales como el documento oficial del Plan Nacional de Reparación formulado por la Vice – Presidencia de la República de este periodo y los informes especiales del Grupo de Memoria histórica sobre víctimas adscritos a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, en el marco de la administración en dos periodos del actual Presidente de la República Dr. Juan Manuel Santos.⁸

A la par de estos registros del debate oficial se deben ubicar el amplio espectro de procesos no oficiales de los movimientos de víctimas, las organizaciones defensoras de derechos humanos en Colombia como en el exterior y los del acumulados de las resistencias de movimientos sociales a los procesos de despojo y desplazamiento en las últimas dos décadas en Colombia. Se pueden mencionar aquí los procesos de organización de las víctimas desde el año 2002 a la fecha en la región de los Montes de María, en los departamentos de Sucre y Bolívar, o la Sierra de la Macarena, en el piedemonte llanero en los departamentos del Meta, Arauca y Caquetá, o territorios indígenas y afro en el litoral Pacífico o el macizo colombiano en los departamentos del Huila, Cauca y Valle del Cauca. En estos casos se concentran procesos orgánicos de las poblaciones victimizadas y en resistencia cuyas demandas y exigencias se han intentado incorporar de una forma u otra en el proceso oficial de elaboración de la ley 1448 de 2011. Siendo los aportes a la forma final de la misma, algo que si bien está por determinarse, no debe subestimarse.

⁸ Véase el Discurso del Presidente Santos en la toma de posesión presidencial para su segundo mandato el 7 de agosto de 2014 en la Plazoleta Nuñez, Palacio Presidencial, en el cual se hace un llamado explícito para reconfigurar el “contrato” y levantar un nuevo pacto social para la sociedad colombiana con ocasión del proceso de negociación política en el cual se implementaría una forma de “Justicia” que “no será perfecta” pero “aceptable para las víctimas” y que asegure un máximo de satisfacción para ellas.

En este sentido y en torno a la discusión, aprobación y sanción de políticas públicas dirigida a la intervención del conflicto y que deviene posteriormente en el proceso de aprobación de la llamada Ley de Víctimas se suscribe en Bogotá, el 9 de septiembre de 2005, el texto de la demanda de inconstitucionalidad presentada por EL MOVIMIENTO NACIONAL DE VÍCTIMAS DE CRÍMENES DE ESTADO y otras organizaciones de Derechos Humanos y Organizaciones Sociales contra la totalidad de la Ley 975 de 2005, *“por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley”*.

Las pretensiones de esta demanda pedían la declaratoria de inexecutable de la ley 975 por consideraciones de la parte demandada que señalaban vicios de forma y fondo, siendo uno de los cargos más graves en contra de esta ley, la consideración por medio de la cual se configura a través del sistema de juzgamiento preferencial y la pena alternativa para integrantes de grupos paramilitares que acepten negociar con el Gobierno Nacional, una inaceptable negación del derecho de las víctimas a la justicia; al respecto señala el texto de la demanda en torno a los contenidos mismos del derecho de acceso a la justicia;

En cuanto al derecho a la justicia, en virtud de los diferentes pronunciamientos de organismos internacionales de protección en materia de derechos humanos, se puede decir que éste contiene al menos cinco requisitos para ser cumplido: “(i) el deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos; (ii) el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos; (iii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iv) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso; y, (v) el deber de imponer penas adecuadas a los responsables.”⁹

El fallo de fondo a esta demanda se suscribió por parte de la honorable Corte Constitucional en la Sentencia C -575 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, la cual a su vez ratificó la línea jurisprudencial en materia del examen constitucional a la ley 975 sentada por la sentencia C – 370 de 2006; bajo la ratio decidendis del fallo; *“El logro de una paz estable y verdadera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por restricciones objetivas al valor justicia y al derecho correlativo de las víctimas”¹⁰*

⁹ EL MOVIMIENTO NACIONAL DE VÍCTIMAS DE CRÍMENES DE ESTADO, organizaciones de Derechos Humanos y Organizaciones Sociales. Demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 975 de 2005, *“por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley”*.

¹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Magistrados Ponentes: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Dr. MARCO GERARDO MONROY

Al respecto, igualmente se ha señalado que existen una serie de plataformas de larga evolución, en materia de la reivindicación de los derechos de las víctimas, amplia jurisprudencia sobre el tema y estudios de una amplia tradición en materia del conflicto en Colombia, en tanto el mismo ha sido una constante durante las últimas décadas en el país, que ha visto como se configura un espiral creciente de degradación de su dinámica y de volúmenes cada vez más amplios de ciudadanos afectados y de un impacto cada vez más envolvente sobre la sociedad.

De estas plataformas y debates, reseñamos los siguientes textos que recuperan el debate no solamente de cara a la promulgación de la ley de Víctimas sino además, su antecedente más importante, la ley 975 del año 2005. Rescatamos los textos publicados en los anales de las organizaciones Cinep y Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo; “Cinco Falacias en el Proceso con los Paramilitares” 2008 del Padre Javier Giraldo, S.J. (1) y “Consolidación Paramilitar e impunidad en Colombia” 2008, Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, (2) “La historia de un proceso de impunidad en 19 párrafos” Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, (3) “A propósito de la Falacia de la desmovilización paramilitar” Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo”. A su vez como claro antecedente para el caso de la aprobación de la llamada ley de Justicia y Paz, ley 975, rescatamos también el texto de la “Constancia de voto negativo contra el Proyecto de ley de Justicia y Paz presentado por el gobierno de Álvaro Uribe Veléz” del Representante a la Cámara Alexander López, radicado en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes, del 14 de Junio del 2005.

Sobre el proceso de victimización y consolidación del proyecto paramilitar como un proyecto de Estado, desarrollado, acompañado y soportado por una serie de políticas encubiertas (o no) y que desde distintos y graves niveles de tolerancia, encubrimiento e impunidad por parte de agencias estatales y niveles de decisión gubernamentales a todos los niveles se consolidó como una variable dramática y criminal del conflicto armado, se expresa el documento *“La historia de un proceso de impunidad en 19 párrafos”* del colectivo de Abogados José Alvear Restrepo quien cita el concepto en el caso de la Masacre de Mapiripan, al analista y abogado Federico de Andreu, actualmente subdirector de litigios en la Comisión Colombiana de Juristas.

Este pie de página tomado del concepto de Federico Andreu en el peritaje sobre la masacre de Mapiripan ante la Corte Interamericana: El Teniente Coronel Luis Arsenio Bohórquez Montoya, en su carta dirigida al Ministro de la Defensa en 1989, afirmaba: "no tuve necesidad de crear grupos de

autodefensa, porque ya existían, muy bien organizados y con resultados admirables, en los municipios del área del batallón Bárbula. Y como la política del Ejército Nacional dirigida por usted, señor General Botero Restrepo, señalada al Ejército Nacional con el apoyo de las autodefensas, para preservar el orden y para devolver las regiones afectadas, desarrollé mi actividad de mando, conforme a dicha estrategia y mediante las tácticas correspondientes". El Capitán de la Policía Nacional y jefe de la SIJIN en Urabá entre 1996 y 1998, Gilberto Cárdenas González, en su denuncia ante la Procuraduría General de la Nación, señaló que "los paramilitares los creó el propio Gobierno colombiano para que hicieran el trabajo sucio, es decir para que mataran a todas las personas que según el Ejército y la Policía son guerrilleras. Pero para hacer eso, tenían que crear un grupo al margen de la ley para que nadie sospechara del Gobierno de Colombia y de sus Fuerzas Militares. Es así como los paramilitares son entrenados por el mismo Ejército y la Policía de Colombia y son auxiliados y ayudados por éstos. Hasta miembros del Ejército y de la Policía patrullan hombro a hombro con los paramilitares". En su declaración y en la denuncia presentada ante la Procuraduría, el Capitán (Retirado) Cárdenas señaló los estrechos y permanentes vínculos entre el Comandante de la 17° Brigada del Ejército, con sede en Urabá, el General Rito Alejo del Río, con los grupos paramilitares de la región. El Coronel Carlos Alfonso Velásquez Romero, Segundo Comandante de la 17° Brigada del Ejército entre 1995 y 1996, denunció ante el Ministerio de defensa y, posteriormente, ante la Fiscalía General de la Nación los vínculos persistentes entre miembros de la 17° Brigada - entre otros su comandante, el General Rito Alejo del Río - y paramilitares.¹¹

La investigación que nos concierne sobre este expediente de victimización y la concreción de una política pública para intervenirlo (expresada en la ley de Víctimas) se concentrara en elaborar una matriz teórica,¹² que se estructura a partir del eje conceptual de la llamada *Teoría de la Justicia* de la obra "*Teoría de la Justicia*"¹³ de John Rawls. A la cual se le añaden los trabajos de Jürgen Habermas¹⁴ sobre epistemología, positivismo y ciencia resumidos en sus trabajos sobre ciencias sociales y positivismo científico que parten de la recuperación de la Escuela teórica de Frankfurt, en los años 20 del siglo pasado, con los referentes del análisis del pensamiento dialéctico del sociólogo alemán Teodoro Adorno.

¹¹ Colectivo de abogados José Alvear Restrepo. La historia de un proceso de impunidad en 19 párrafos. por: Prensa - Colectivo Jueves, 2 marzo 2006

¹² Entendida como un instrumento de análisis de contenidos, centrada en contrastar los principios ordenadores del concepto de justicia contenido en la ley 1448 que surge de la investigación que nos ocupa; *Modelo de Justicia en la construcción de un régimen jurídico transicional en la ley de víctimas en Colombia*

¹³ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*. Los Principios de la Justicia. 3ra edición, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997

¹⁴ Habermas, Jürgen. Autor alemán quien reconstruye el planteamiento de la línea de pensamiento conocida como la "Escuela de Frankfurt" de los autores Teodoro Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamin, Autor del texto "Lógica de las Ciencias Sociales" 1990.

A propósito de ello, en la obra *“Lógica de las Ciencias Sociales,”* del teórico alemán Jurgen Habermas se plantea en torno a la relación entre teoría e historia en el proceso de análisis crítico de los fenómenos sociales una formulación necesaria para lo propuesto en esta investigación. Habermas señala que es menester *“traducir los conceptos que, por así decirlo trae lo analizado de afuera, a los conceptos que la cosa tiene de sí misma, a aquello que la cosa quisiera ser por sí misma y confrontarlo con lo que la cosa es...”*¹⁵. Con ello lo que queremos reivindicar es un enfoque crítico que nos permita en un análisis textual, ser capaces de abordar el texto legal de la “Ley de Víctimas” como un hecho histórico, sometido a un cruce dinámico de sentidos propios y ajenos, que la investigación debe dilucidar, en procura de un ejercicio de lectura plena del hecho. El cual partiendo de varios lugares, debe ser capaz de interpretar desde un abordaje metódico, el objeto investigado, no solamente a partir de sus propias definiciones sino además en relación con su entorno y sus implicaciones más allá de sí misma. Con ello lo que queremos plantear es que el modelo de Justicia que pretendemos investigar en la ley de víctimas no debe surgir solamente a partir de lo que la misma ley dice contener y ser, sino además *“lo que ella en efecto, es”*¹⁶.

Siendo la promulgación de la ley de víctimas un hecho socialmente complejo, que escaparía a los intentos de entenderla, de no abordarse desde un ejercicio hermenéutico crítico, tal como lo reivindica el legado del método de análisis propuesto por Habermas

Pregunta de la investigación

¿Cuál es *el modelo de justicia*¹⁷ que se expresa en Colombia en la promulgación de la llamada Ley 1448 “de las Víctimas” en función de intervenir el expediente masivo de violaciones sistemáticas al régimen penal y civil interno e intentar preservar los compromisos propios del Estado Social de Derecho en materia de respeto por el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario?

Corolario a este propósito vinculante sería la obligación del Estado colombiano de garantizar la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

¹⁵ Habermas, Jurgen. La logica de las Ciencias Sociales. Disputa sobre el Positivismo. 2 da Edición. Madrid. Editorial Tecnos S.A. 1990. Pg. 19

¹⁶ Ibid. Pg. 44

¹⁷ Según la definición del profesor Rawls; *“ el esquema que asigna derechos y deberes y determina la división de ventajas debidas a la cooperación social y los esquemas compensatorios que emanan de los desequilibrios en distribución de los anteriores”*

Hipótesis de la investigación

La Ley de Víctimas en su diseño conceptual expresa un proceso de negociación y desmonte de los preceptos fundantes del esquema básico del Estado Social de Derecho, formulado hasta ahora en la Constitución Política. Es decir;

I. La sanción de la ley de Víctimas consolida una nueva etapa jurídica procesal que se ubica por fuera de las sanciones en los compromisos convencionales que el Estado colombiano ha proclamado en su proyecto constitucional.

II. La nueva ley de Víctimas sería el reconocimiento expreso de la imposibilidad de resolver en el derecho que tenemos a la mano, el conflicto humanitario del país.

III. Estamos, entonces, ante un nuevo “contrato original” según el modelo teórico de Rawls que intenta consolidar la noción de sacrificar el valor Justicia en aras de la transición hacia la paz;

IV. ¿Cómo se edificó este nuevo contrato y que participación tuvieron actores estatales en esta construcción y hacia dónde conduce... se trata de un contrato que reconcilie víctimas y victimarios, se privilegia una de estas dos posturas, en palabras de Rawls, estamos ante una nueva imparcialidad fundante de un proyecto de sociedad incapaz de reconciliarse ni de aplicar su propia Constitución?

Objetivo General de la Investigación

Analizar de forma crítica el “*modelo teórico de justicia*” configurado durante el proceso legislativo del periodo 2010 - 2011 de formulación, aprobación y sanción de la Ley 1448 de 2011, “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*” y que fuera más conocida como - *ley de Víctimas*- en Colombia.

Metodología

Esta investigación aplicada al estudio de una pieza de legislación en concreto, requiere de un método de análisis dogmático y de contenidos de orden teórico – conceptual del texto, que acudirá a un enfoque dialéctico para la interpretación y la implementación de una línea de investigación exploratoria de tipo doctrinal del mismo. Reivindicando la forma como lo plantea en su obra, el autor Jürgen Habermas, quien citando al teórico Teodoro Adorno señala en “*La Lógica de las Ciencias Sociales*” lo siguiente a propósito del método de investigación dialéctico; “*la universalidad de las leyes en ciencias sociales no es la de una extensión*

*conceptual a la que se ajustasen sin discontinuidades las piezas particulares sino que a lo que se refiere siempre y esencialmente es a la relación entre lo universal y lo particular en su concreción histórica”*¹⁸

Lo cual señalaría que un abordaje de la ley de Víctimas en estos términos, no significaría un apretado ejercicio de deducir ó inducir de manera preconcebida categorías o elementos de orden teórico a partir del análisis comparado de la ley con otras fuentes bibliográficas. Sino de ser capaz de analizar el despliegue de una concepción dinámica de Justicia en la ley, que se contrasta con el acervo bibliográfico y conceptual utilizado para su análisis, pero que en modo alguno deber ser una formula cerrada y previa, que la determine de forma instrumental.

Las fuentes de la investigación prioritariamente serán las secundarias y terciarias provistas por la bibliografía (fuentes de tipo bibliográfico) y los textos legales y complementarios del proceso legislativo que produjo la llamada Ley de Víctimas. Uno de los objetivos prioritarios de la investigación será la construcción de una matriz teórica a través de técnicas de análisis de contenido que permitan una hermenéutica específica del texto legal investigado y sus contenidos, evidentes y no visibles, con sus respectivas implicaciones en el ámbito de su aplicación concreta (El modelo de Justicia en la ley).

Valor social de los resultados de la investigación;

Las demandas urgentes de intervención del conflicto humanitario en Colombia en los últimos veinte años presionaron en forma creciente la discusión y aprobación de la llamada Ley de Víctimas en el Congreso de Colombia. Lo cual devino en un proceso legislativo motivado por las fuertes demandas de la opinión pública en torno a la búsqueda de una salida al conflicto armado que obligó a la formulación de una iniciativa oficial que invirtió en la aprobación de esta ley todo el capital político de la administración del Presidente Santos, tanto en su primer mandato como en la campaña de reelección para su segundo mandato, la cual se fundamentó en la formulación de una plataforma de negociación política del conflicto armado con la guerrilla de las FARC¹⁹ a partir de los supuestos de la ley 1448; lugar desde el cual se marcaron los ritmos de la discusión y los límites del debate oficial en materia de negociación política del conflicto.

Hoy, el principal cuestionamiento que surge es en torno a las condiciones reales de implementación de este modelo de justicia y las políticas públicas en materia del modelo agrario y de reparación y distribución de tierras en zonas de conflicto,

¹⁸ Ibid. Pgs 29 a 44.

¹⁹ Proceso de negociación para la terminación del Conflicto armado entre el Gobierno Nacional y las FARC EP, desarrollado en La Habana, Cuba, 2012 a la fecha:

que de esta iniciativa se desprenden, (entre otras formas de reparación del daño ocasionado). Lo cual implica de fondo, la discusión sobre los valores de justicia y transicionalidad hacia la paz, que justifican la ley 1448.

En este sentido, la sociedad colombiana se ha visto involucrada de distintas maneras en los últimos 10 años en un proceso de legitimación pública de una agenda de negociación institucional del conflicto armado irregular entre el Estado (expresado en el último período a través de los sucesivos gobiernos de Álvaro Uribe Vélez y Juan Manuel Santos) y la guerrilla de las FARC y otros, que necesariamente requiere de un escenario de asimilación colectiva de las fórmulas para reconciliar la sociedad y administrar justicia en medio del conflicto.

Al respecto de esta *transición hacia la paz* y el modelo de justicia que esto requiere se expresa el Senador del partido POLO DEMOCRATICO, Iván Céspedes en su texto *Justicia Transicional para la Democracia*;

*La transición que conduce a ese nuevo estadio implica que, como nunca antes, la sociedad colombiana realice en forma pública, un proceso de esclarecimiento que permita conocer y enunciar la verdad de los hechos, las intenciones y responsabilidades de la violencia y que se creen políticas e instituciones encargadas de que las generaciones futuras no olviden lo ocurrido. La transición hacia la paz supone que la justicia sancione esas responsabilidades y se establezcan mecanismos judiciales que impidan que no se vuelvan a entronizar la impunidad generalizada de violaciones a los derechos humanos y que se desarrollen procesos de reparación integral, cuyos efectos puedan resarcir el daño y respetar la dignidad de las víctimas, tanto de manera individual como colectiva.*²⁰

Para estos efectos se han implementado una serie de esquemas de negociación que parten del Establecimiento político a través de políticas públicas que intentan regular los conflictos, establecer el daño ocasionado, reconocer y reparar a las víctimas. Retroalimentar y activar la crítica a estos esquemas recurriendo a la teoría jurídica que aborde de forma sistemática los problemas de reivindicar el valor justicia en la construcción de la democracia, el Estado y los derechos fundamentales de la población “*bajo fuego*”; se erige en un ejercicio necesario desde la disciplina propia de la ciencia jurídica, que debe transitar hacia la motivación sistemática del debate público que se requiere para negociar, regular y reparar con alguna probabilidad de éxito nuestros conflictos de forma tal que se reconstruya de forma coherente el orden social e institucional quebrantado.

²⁰ Cepeda Castro, Ivan. Justicia Transicional para la Democracia. Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz, Universidad Nacional de Colombia. Diálogos de La Habana, Miradas desde la Universidad. Primera Edición. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2013. Pág. 265

Capítulo 1; Presentación de la discusión en torno a la “Ley 1448 de 2011”

Desde la promulgación de la Constitución del 91, se ha venido intentando la reformulación de un proyecto institucional que permita la resolución negociada del conflicto social y armado que vive la nación desde hace más de 60 años. Sin embargo y a pesar de la promulgación de una nueva Constitución Política en el año 91, la cual ha sido reformada varias veces, no solamente no se ha logrado resolver el enfrentamiento violento que vive Colombia, sino que este se ha redimensionado y ampliado de forma exponencial. Han sido múltiples las formas en que esto ha sucedido, pero quizás la manera más gráfica de resumir esta encrucijada lo constituyó en su momento, la aparición, desde mediados de la década de los años 90, del proyecto paramilitar de las llamadas “*Autodefensas Unidas de Colombia*”, cuyo núcleo central se originó en las también llamadas “*Autodefensas de Córdoba y Urabá*” y el proyecto armado ilegal de Puerto Boyacá de la década de los años 80, el cual se autodenomino como *antisubversivo*. Procesos que surgieron en el marco de la lucha de las fuerzas del Estado con organizaciones guerrilleras levantadas en armas desde la década de los años 60 y que participaron de forma parcial en los acuerdos de paz del año 1990 que diera origen a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en 1991.

En todos los casos en materia del accionar paramilitar, se trataba de operaciones expansivas de naturaleza armada y violenta, con alta concentración de acciones dirigidas en contra de la población con un alto factor desestabilizador, generador de terror y desplazamiento masivo dirigido en contra de la población civil como forma característica de su accionar al margen de la ley pero con el diseño, promoción, apoyo y connivencia de todas las autoridades, (salvo raras excepciones), durante todo el proceso de su gestación y desarrollo. Tanto es así, que en el año 2002, se llegó a plantear desde este espiral creciente de desarrollo paramilitar inclusive la formulación del proyecto clandestino de “*Refundar la República*” (con lo cual se pretendió una intensa penetración y control de todas las instituciones del Estado, desde el nivel local hasta el nivel central en el fenómeno conocido como la Parapolítica) a partir de estas experiencias delictivas, con un creciente poder de influencia, connivencia y consolidación desde las mismas agencias estatales, que contemporizó de forma contradictoria en el tiempo con el modelo institucional de la Constitución del 91.

Una manera de ilustrar lo anterior aparece con la investigación sobre la llamada *parapolítica*²¹ durante los años 2005 a la fecha por parte de la Corte Suprema de Justicia, que permitió corroborar en sede judicial el control y la infiltración de grupos paramilitares de amplias franjas de las instituciones del Estado, tanto en las entidades territoriales, el nivel central como en el Legislador y el poder judicial. Este fenómeno fue señalada por los resultados de la investigación; *“La Parapolítica, la ruta de la Expansión paramilitar y los acuerdos políticos”* de la Corporación Nuevo Arco Iris en el año 2004 cuyas cifras y hallazgos son citados a continuación;

*A través de estos últimos años, las instituciones del Estado, los poderes ejecutivo y judicial, el régimen político municipal y departamental las Fuerzas Armadas, y el propio Ministerio Público (en no pocas ocasiones), se asociaron con el proyecto político – paramilitar en un vasto espiral delincencial, que ha abierto la investigación de corrupción más importante de la historia política reciente del país, conocida como la “Parapolítica”. La cual supone el control criminal de las instancias del poder local en más de 232 municipios, sus organismos de control e investigación judicial, sus cuerpos de seguridad y la llegada al Congreso de Colombia de un porcentaje superior al 30% de sus integrantes, que votaron la ley de Justicia y Paz en el periodo 2002 -2005. Durante las elecciones del 2006, 33 senadores y 50 representantes a la Cámara resultaron elegidos en zonas de control paramilitar, en una dinámica ascendente que profundizó la relación entre el proyecto paramilitar y la política. Estos congresistas obtuvieron 1,8 millones de votos que representa una tercera parte de la votación total para el Senado de la República y un aporte sustancial a la votación presidencial.*²²

En este sentido, el sábado 10 de Mayo de 2008, en desarrollo de la Cátedra Gerardo Molina, en la Universidad Libre, en la conferencia; *¿La mal llamada Ley de Justicia y Paz, una versión dramática de entender e imponer el “Acuerdo Humanitario” posible hoy, en Colombia?* se cita el informe *Nunca Más, Crímenes de Lesa Humanidad en Colombia de Noviembre del 2000* a propósito del desarrollo del proyecto paramilitar desde las políticas de seguridad del Estado;

Lo que hoy conocemos como proyecto paramilitar, surge de las entrañas de los organismos de seguridad y de las Fuerzas Militares en la década de los 60 y 70s como el resultado de la implementación de la doctrina

²¹ Corporación Nuevo Arco Iris. investigación “Parapolítica, la ruta de la Expansión paramilitar y los acuerdos políticos” 2007 -2008 y el informe del Colectivo de Abogados Josu Alvear Restrepo “Obstáculos a la aplicación de Justicia; Análisis de las investigaciones en contra de congresistas y ex congresistas por sus vínculos con estructuras paramilitares” Bogotá, octubre del 2009.

²² Bejarano S. Alberto. *¿La mal llamada Ley de Justicia y Paz, una versión dramática de entender e imponer el “Acuerdo Humanitario” posible hoy, en Colombia?* Una urgente búsqueda de respuestas que aún no concluye. Cátedra Gerardo Molina. Bogotá, sábado 10 de Mayo de 2008. Sede de la Candelaria, Centro. Cifras de la investigación “Parapolítica, la ruta de la Expansión paramilitar y los acuerdos políticos” 2007 -2008

*contrainsurgente inspirada por el Departamento de Estado norteamericano y su política de seguridad para Colombia.*²³

Esta orientación evolucionó durante los años 80 en el país en el marco de lo que el Informe Colombia Nunca Más, Crímenes de Lesa Humanidad en Colombia caracteriza como la configuración de una política de Estado prolongada, la cual define a las instituciones oficiales y sus políticas públicas de seguridad como funcionales a una matriz violenta y terrorista, en la cual se conjugaron una serie de operaciones sistemáticas encubiertas, tanto en las Fuerzas Armadas, como en vastos sectores de la rama jurisdiccional y de investigación judicial, que permitieron la aparición de estructuras conjuntas armadas entre civiles y militares, que actuando desde la ilegalidad, y con amplio respaldo político sentaron las bases para la conformación del proyecto paramilitar. La naturaleza de esta operación implicó la existencia de una estrategia de Estado, fundamentada en una doctrina contrainsurgente y represiva, una amplia estrategia de control social y un método esencialmente criminal.

*A lo que en la década de los 80 se sumó el narcotráfico como socio estratégico, completándose la ecuación, **militares – civiles armados y narcotraficantes**, como la base de la creación del fenómeno paramilitar.*²⁴

El referente histórico más conocido de esta operación fue la creación de la escuela clandestina de comandos paramilitares en diciembre de 1987 en Puerto Boyacá, Magdalena Medio, con el instructor mercenario israelí Yair Klein, quien fuera traído por inteligencia militar a Colombia y asignado a la tarea de formar las bases de las estructuras paramilitares en Colombia, en asocio directo con toda la estructura operativa del Ejército Nacional y la Infantería de Marina en la jurisdicción del Magdalena Medio y grandes narcotraficantes como Gonzalo Rodríguez Gacha, Pablo Escobar, Víctor Carranza y Fabio Ochoa y Henry Pérez. Esta operación encubierta rápidamente evolucionó en todo el territorio nacional y generó durante el final de la década de los 80 y los años 90, el genocidio de la Unión Patriótica con más de 3000 víctimas. A mediados de los años 90, se logró la unificación de todos los grupos paramilitares en el país, bajo la conducción del proyecto de las “ACCU”, Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá y la impronta del liderazgo de los hermanos Castaño (Carlos, Vicente y Fidel) bajo la égida de poderosos intereses de inversionistas, especuladores latifundistas, narcotraficantes y políticos que se desarrollaron en el departamento de Antioquia, y Córdoba, lográndose la consolidación del proyecto de las “AUC” Autodefensas Unidas de Colombia. Que expandieron su radio de acción a todo el país, con operaciones paramilitares tan importantes como la de Mapiripán en el departamento del Meta, Urabá, Córdoba, Sucre, Magdalena, el Catatumbo, el Valle del Cauca, el Pacífico y Putumayo. Construyéndose un proyecto,

²³ Informe Nunca Mas, Zona 7 1966, Edición Noviembre 28 de 2000, Pág. 15 Directrices hemisféricas, Recomendaciones del Grupo Especial C, Centro de Guerra Especial de Fort Bragg, Informe del General Yarborough, “Operaciones contra Fuerzas Irregulares” recomendaciones especiales para la creación de grupos paramilitares en Colombia.

²⁴ Informe Nunca Mas, Zona 7 1966, Edición Noviembre 28 de 2000

*que desde la ilegalidad y un trágico expediente de crímenes atroces y la más amplia connotación criminal y delictiva, fue diseñado para erigirse en una fuerza política que alcanza su mayor dimensión en el año 2002 con la llegada al poder de la administración Uribe Vélez y la negociación política que se abre en Agosto del 2002 entre el Gobierno entrante con los grupos paramilitares bajo el mando del Estado mayor conjunto de las AUC.*²⁵

Al respecto igualmente se refiere la sentencia proferida el 17 de abril de 2013 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala de Justicia y Paz en el proceso en contra del condenado por paramilitarismo Gian Carlos Gutiérrez Suárez – ex – integrante del Bloque Calima de la Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, la cual señala en uno de sus apartes;

*lo que hoy se conoce como el fenómeno paramilitar tuvo su origen en la conformación de grupos de ascendencia mayoritariamente campesina que fueron armados, financiados y promovidos por importantes sectores de la economía nacional y narcotraficantes, bajo el supuesto de contrarrestar el accionar de organizaciones de izquierda en contra de sus personas, familias y bienes, todo lo cual fue posible ante la ausencia del Estado en las regiones en que surgieron estas organizaciones...debe advertirse que el alcance de este escenario, fue posible por cuanto estas organizaciones, al igual que las de izquierda, descubrieron que antes que el combate con su enemigo natural, les significaba menos costos y riesgos, el desplazar a las guerrillas mediante ataques a la población civil, de esa forma inician el ejercicio escalonado de acciones violentas, como asesinatos selectivos, secuestros, masacres, violaciones, desaparecimiento de personas, desplazamiento forzado de comunidades enteras, extorsiones, hurtos en despoblado y destrucción de bienes civiles entre otras graves violaciones con lo que obtienen el sometimiento de las distintas poblaciones...*²⁶

Prosigue la mentada providencia judicial y señala;

...la fuerza de los anteriores acontecimientos visibiliza que la supuesta estrategia inicial de las Autodefensas, que según aseguró Salvatore Mancuso en su versión libre, se orientaba a – atacar a la guerrilla armada o desarmada en combate o fuera de él...- no pasó de ser un discurso sin contenido. La ausencia de estadísticas serias de combates entre esa organización armada y la subversión y el escaso reporte de víctimas de estas organizaciones de izquierda, confrontadas con los altos índices de las acciones unilaterales cometidas contra la población y el considerable número de civiles victimizados, indican, que fue su propósito deliberado,

²⁵ Bejarano S. Alberto. Cátedra Gerardo Molina. Bogotá, sábado 10 de Mayo de 2008. Op. Cit.

²⁶ Colombia. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala de Justicia y Paz. Sentencia en el caso en contra de Gian Carlos Gutiérrez Suárez. 17 de abril de 2013. Publicada en el diario EL ESPECTADOR, domingo, 27 de julio 2014.

irresponsable y criminal, el ataque unilateral y sobre seguro, sistemático y generalizado contra los derechos humanos de la población civil y contra el DIH²⁷

La sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala de Justicia y Paz en contra del condenado por paramilitarismo Gian Carlos Gutiérrez Suárez termina dictando;

Declárese como verdad que;

En Colombia se está librando un conflicto armado interno, en el que uno de los actores armados fue la organización denominada AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA (AUC), la cual contó con una estructura política y armada y en su consolidación se valió de la asistencia, por acción y omisión de miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, de autoridades civiles nacionales y regionales y de empresarios.²⁸

En el mismo sentido se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la masacre paramilitar de Mapiripan en el departamento del Meta en Colombia en el año de 1997. En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos soportada sobre los informes de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para Colombia del año 1997 encuentra probada la relación vinculante y estrecha entre servidores públicos y agencias estatales con el desarrollo de operaciones de grupos paramilitares en contra de la población civil, que inclusive señalan que dicha colaboración obedece a una estrategia sistemática y permanente de soporte y participación oficial en graves violaciones a los derechos humanos cometidos por estos grupos paramilitares.

Al respecto esta referencia directa de la .sentencia de la Corte IDH en el Caso de la "Masacre de Mapiripan Vs. Colombia", sentencia del 15 de septiembre de 2005, contenida en el documento del Informe del Equipo Nizkor: [\[*\]Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano](#). El informe en su # 19 cita a la Corte Interamericana en el fallo de la Masacre de Mapiripan, con respecto a la vinculación documentada desde 1997 de agentes oficiales y grupos paramilitares;

119. Además, la Corte tiene presente que la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha documentado numerosos

²⁷ Ibíd.

²⁸ Ibíd.

casos en Colombia en que se ha demostrado la vinculación entre servidores públicos y los grupos paramilitares en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos. En los informes publicados desde 1997 sobre la situación de derechos humanos en Colombia, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha documentado los casos representativos de violaciones del derecho a la vida, en los que se alegó que el gobierno y las fuerzas armadas colaboraron con los paramilitares en asesinar, amenazar o desplazar a la población civil. Según el informe de 1997, los actos cometidos por paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes. Aunado a lo anterior, en sus informes la Alta Comisionada hace constante referencia a la impunidad de las violaciones de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario cometidas por los paramilitares y la connivencia entre estos grupos y la fuerza pública, como consecuencia de procesos penales y de investigaciones disciplinarias abiertos en su contra que no desembocan en el establecimiento de responsabilidades ni en las correspondientes sanciones (supra párr. 96.20). Específicamente en relación con lo acontecido en Mapiripan, el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos afirma que "los detalles de los casos denunciados ante la Oficina en Colombia sugieren que los hechos no hubieran podido realizarse sin esa aquiescencia, apoyo o complicidad." ²⁹

En el caso de la tristemente célebre Masacre de Barrancabermeja en mayo de 1998, las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación empiezan a develar lo que fue una macabra conspiración para permitir la operación paramilitar en contra de la población civil con la abierta colaboración de todas las autoridades y organismos de seguridad con presencia en el área del ataque.

Al respecto el diario EL ESPECTADOR publica lo siguiente;

¿El enlace de los 'paras' en la masacre de Barranca?

La Fiscalía le dictó medida de aseguramiento porque habría facilitado la irrupción del grupo armado en 1998.

El 16 de mayo de 1998, las Autodefensas Campesinas de Santander y del Sur del Cesar (Ausac) irrumpieron en seis barrios del suroccidente de Barrancabermeja y en

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Masacre de Mapiripan" Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Informe del Equipo Nizkor: |*|Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano. 12 de Junio de 2007. Madrid, Bruselas. <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html#nizkor#nizkor>

40 minutos fusilaron a siete personas y se llevaron a otras 25, las cuales serían ultimadas posteriormente tras una orden que el extinto comandante de ese grupo Guillermo Cristancho Acosta, alias Camilo Morantes, impartió en medio de una borrachera.

Para ese momento, González Sánchez era el subjefe de seguridad de Ecopetrol, un cargo que a consideración de la Fiscalía le sirvió de “fachada” para esconder que “hacía parte de las Ausac” y “en razón de ello es que participa en los hechos”. El ente investigador lo señaló de coautoría en los delitos de homicidio agravado y desaparición forzada, pues habría actuado como “la persona que hizo contactos con las autodefensas y las diferentes autoridades de Barrancabermeja” para perpetrar la masacre.

“Su vínculo laboral con la refinería le permitía estar constantemente en contacto con personal de seguridad de la refinería, del Batallón Contraguerrillas N° 45 Héroes de Majagual y el Batallón Fluvial, entre otros. De esa manera sus entradas y salidas a las diferentes instalaciones eran vistas de manera normal y sin sospechas de que se estuviera fraguando un plan tan abismal”, sostuvo la Fiscalía en la medida de aseguramiento.

Además, el ente investigador señaló que Sánchez González también habría estado en una serie de reuniones donde se ultimaron los detalles de la masacre. De hecho, en 2010 Mario Jaimes Mejía, alias El Panadero —quien por órdenes de Camilo Morantes comandó la operación en Barrancabermeja—, señaló que González los puso en contacto con el capitán Oswaldo Prada, del Batallón Nueva Granada de Barrancabermeja, y con un oficial del grupo de operaciones de dicha unidad.

La respuesta de los dos militares, según El Panadero, fue que facilitarían la incursión paramilitar una vez determinaran la fecha y la hora. Además de eso, Jaimes Mejía sostuvo que González Sánchez también planeó la reunión con el coronel de la Policía en la zona, Joaquín Correa, quien sólo les pidió no dejar muertos en la ciudad. Lo mismo ocurrió con el director del DAS en Barrancabermeja. Desde diciembre pasado, Prada y Correa, junto a otros cuatro oficiales, tienen medida de aseguramiento por esta masacre.³⁰

Lo cual introduce otra particularidad del proceso de desarrollo paramilitar, cual es eliminación de la distinción básica entre servidores públicos e irregulares, entre civiles y militares, entre autoridades y delincuentes. Al respecto el sacerdote y defensor de derechos humanos, Javier Giraldo;

El paramilitarismo tiene un principio rector que consiste en desdibujar las fronteras entre lo civil y lo militar y crear una zona gris donde nunca esté claro dónde comienza la acción armada del Estado y dónde termina la acción desarmada de los civiles. Desde su primer origen el paramilitarismo ha buscado involucrar a la población civil en la guerra, ya como combatientes que

³⁰ Rincón Ortega María Camila. ¿El enlace de los 'paras' en la masacre de Barranca? Diario EL ESPECTADOR. Edición virtual del 8 de agosto de 2014.) <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-enlace-de-los-paras-masacre-de-barranca-articulo-509528> mrrincon@elespectador.com

*incursionan en campos vedados por el Derecho a los agentes del Estado, ya como blanco de la acción bélica de un Estado que no persigue propiamente a insurgentes armados sino a disidentes políticos y a incómodos líderes sociales.*³¹

Lo anterior hace necesario mencionar de forma esquemática para una mayor ubicación del conflicto armado colombiano y sin ser materia de esta investigación, la dimensión geopolítica y estratégica para el área sur americana y del Caribe de la confrontación armada irregular en Colombia y las distintas dinámicas de guerra contrainsurgente y de control del territorio implementadas por los sucesivos Gobiernos bajo la hegemonía militar estadounidense y sus políticas de seguridad sub - regional a lo largo de las últimas 6 décadas;

De conformidad con lo anterior, se refiere el investigador Santos Alonso Beltrán Beltrán en el texto *“Farc Ep – Flujos y Reflujos”*, compilado por el investigador de la Universidad Nacional Carlos Medina Gallego;

*La creciente irregularización de las operaciones militares ha forzado el desarrollo de capacidades específicas de las fuerzas militares estadounidenses y de sus países aliados para operar en contextos claramente irregulares en territorios estratégicos y frente a poblaciones y estados en disputa. Esto ha impuesto la integración de todas las fuerzas en una única estrategia de guerra potenciando costos y responsabilidades frente a enemigos, que han sido globalizados en la política de seguridad dominante...*³²

Continúa el texto del Profesor Beltrán Beltrán;

*Es en el marco de esa proyección militar norteamericana con planes de cooperación, ayuda y presencia militar que se entiende la política de seguridad democrática de las administraciones Santos y Uribe. La lectura nacional de las formulaciones generales de la política de seguridad global estadounidense adquiere una particular forma en su implementación, que se ha venido manifestando de forma explícita en las transformaciones organizacionales y operativas de la fuerza pública contra la insurgencia, el narcotráfico y el crimen organizado y que ha impactado de manera significativa las relaciones de la población civil y el mapa demográfico y humanitario.*³³

³¹ Javier Giraldo S.J. Cinco falacias sobre el proceso con los paramilitares. (2008)

³² Beltrán Beltrán, Santos Alonso. Actor armado, territorio y Población, las lógicas de la Guerra irregular. En Carlos Medina Gallego. FARC EP; Flujos y Reflujos. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. 2011. Págs. 17 - 38

³³ *Ibíd.*

Por lo tanto para la caracterización del conflicto colombiano se hace necesario concebir el proceso como uno marcado por una intensa irregularización con una fuerte inserción en las dinámicas del territorio y la población, bajo una óptica geopolítica transnacional y un diseño operacional de sus distintas fases de desarrollo que implica actores a distintos niveles y cruzados por intereses locales, nacionales y globales.

Es decir, no se trata de un conflicto convencional en términos militares, ni de un escenario de confrontación contrainsurgente entre actores armados exclusivamente, ni mucho menos de un enfrentamiento por parte de fuerzas que operan solamente en un contexto local. Estamos hablando de un proceso de violencia oficial y no oficial que compromete los territorios, la población y diversos campos de la ilegalidad como escenarios en disputa y frente a los cuales se dirige toda la carga destructiva de las acciones de fuerza y de sometimiento de la población que se diseñan desde los propósitos de consolidación de determinada hegemonía político – militar “*contra guerrillera*” que se expresa por múltiples medios por parte del Estado y sus socios de diverso tipo en el enfrentamiento con la guerrilla y que impacta de manera desigual el desarrollo de las políticas públicas en particular aquellas que se ocupan de la seguridad, el orden público y la administración de justicia en este tipo de contextos .

Esta configuración de una verdadera trama de actores, tanto oficiales como ilegales que se asocian de forma compleja bajo el control, inspiración y la tolerancia de agentes y políticas públicas (abiertas o encubiertas) para implementar una estrategia de terror en contra de grupos poblacionales y lograr control territorial de áreas en disputa con propósitos inicialmente contrainsurgentes pero que posteriormente desembocan en una serie compleja de redes y actividades delictivas ligadas al tráfico ilegal de narcóticos, armas, personas, megaproyectos es el escenario que ha configurado el más reciente expediente masivo de hechos y patrones de agresión que marcan el conflicto colombiano.

Sobre el caso de Buenaventura, Valle del Cauca, el principal puerto colombiano sobre el litoral Pacífico colombiano y uno de los escenarios de mayor alcance en materia de violencia generalizada y violaciones a los derechos humanos de la población afro descendiente, objeto en su territorio de una fuerte intervención de intereses corporativos ligados a los mega proyectos de expansión portuaria y libre comercio que se presentan a la par con una serie de operaciones ilegales intensivas ligadas a la mixtura del conflicto armado y las actividades propias del tráfico de narcóticos, microtráfico, contrabando de armas, personas y cultivos ilícitos, se refiere el informe de la Asociación Nómades,

“Buenaventura: el puerto más importante de Colombia sumido en la pobreza, el espanto y la barbarie”;

Los bonaerenses se encuentran atrapados en un dramático escenario del conflicto armado: mientras la guerrilla de las Farc domina su área rural, las nuevas formas del paramilitarismo se disputan el control de la zona urbana y su población. Estos paramilitares que operan bajo los nombres de “La Empresa”, “Los Urabeños”, “Los Rastrojos”, “Los Machos”, “Los Verdaderos Urabeños”, “Los Campesinos del Pacífico”, “Los Chocoanos” y “Las Autodefensas Gaitanistas de Colombia”, “Los Chiquillos”, “Los Haitianos” fuerzan a los habitantes a enfrentarse entre sí, dejando un rastro de muerte y desapariciones: aproximadamente 5.829 personas asesinadas y 1.091 desapariciones forzadas entre 1999 y 2013, teniendo en cuenta los casos reportados de manera directa.

En documentos de Inteligencia de la Policía se explica la existencia de un crudo conflicto entre “La Empresa”, que durante años dominó Buenaventura y ahora se encuentra en decadencia, y “Los Urabeños”, que absorbieron a “Los Rastrojos” y “Los Machos”, cuyos principales capos son alias “El Negro Orlando”, “Martín Bala” y “El Chicho Urdinola”. Este último se encuentra vinculado a la investigación por el asesinato de Lorena Henao, ocurrido el 27 de diciembre de 2012. Según Inteligencia de la Policía, el poder detrás de “Los Urabeños” es el narcotraficante “Víctor Patiño Fómeque”, quien regresó a Buenaventura para sembrar el terror en sus calles.³⁴

El Informe del Equipo Nizkor: *[*]Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano elabora la siguiente caracterización al respecto para el caso de la violencia para estatal en Colombia;*

Estos grupos, por tanto, tienen una finalidad específica que es el control del territorio mediante técnicas primordialmente de exterminio de población, asesinatos selectivos, saqueos y apropiación de bienes, desplazamiento forzoso, asesinatos rituales y/o asesinatos antropológicos que induzcan a la destrucción de grupos étnicos y de poblaciones indígenas. Son sin duda alguna actos comprendidos en la figura de crímenes contra la humanidad. Dicho en otros términos, el means rea y el actus reus de estos grupos, de los mandos militares que los dirigen directa o indirectamente, de los parlamentarios de cualquier tipo que los utilizan, de las autoridades locales y de los servicios de inteligencia de cualquier tipo, es la comisión de crímenes contra la humanidad que, dada la complejidad de tipo delictivo y la de la suma de delitos necesarios para la

³⁴ Asociación Nomadesc. “Buenaventura: el puerto más importante de Colombia sumido en la pobreza, el espanto y la barbarie”. Santiago de Cali. Enero de 2014.

comisión de todos los actos criminales, conlleva necesariamente la participación de funcionarios de todo tipo, tanto civiles como públicos, así como de la colaboración de organizaciones criminales en el sentido definido en la Convención de Palermo sobre crimen organizado transnacional y en el estatuto de la Ley RICO ("Racketeer Influenced And Corrupt Organizations Act ") en los Estados Unidos.³⁵

A su vez, el informe Basta Ya, Colombia, Memorias de Guerra y Dignidad, del Grupo de Memoria Histórica, adscrito al Centro Nacional de Memoria Histórica, desarrolla una caracterización del conflicto bajo la figura de una guerra prolongada y degradada, dirigida contra la población civil por parte de todos los actores armados;

Todos los actores armados han incorporado el ataque a la población civil como estrategia de guerra. Sin embargo, las modalidades de violencia empleadas y la intensidad de su accionar difieren según las evaluaciones que cada actor hace del territorio, del momento de la guerra, y de las estrategias que despliega, dentro de las cuales se implica a toda la población civil.

Así los paramilitares estructuraron e implementaron un repertorio de violencia basado en los asesinatos selectivos, las masacres, las desapariciones forzadas, las torturas y la sevicia, las amenazas, los desplazamientos forzados masivos, los bloqueos económicos y la violencia sexual. Las guerrillas recurrieron a los secuestros, los asesinatos selectivos, los ataques contra bienes civiles, el pillaje, los atentados terroristas, las amenazas, el reclutamiento ilícito y el desplazamiento forzado selectivo. Además afectaron la población civil como efecto colateral de los ataques contra centros urbanos y de la siembra masiva e indiscriminada de minas antipersona. La violencia de los miembros de la Fuerza Pública se centró en las detenciones arbitrarias, las torturas, los asesinatos selectivos y las desapariciones forzadas, así como en los daños colaterales, producto de los bombardeos y del uso desmedido y desproporcionado de la fuerza.³⁶

³⁵ . Informe del Equipo Nizkor: [*]Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano. 12 de Junio de 2007. Madrid, Bruselas. <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html#nizkor#nizkor>

³⁶ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Basta Ya, Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad: Informe General. Bogota. Imprenta Nacional. 2013. Pags. 34 y 35

Nuestro objeto de estudio, la ley 1448 de 2011, se desarrolla en este contexto de guerra no convencional y degradada bajo la triada de la lucha por territorio, en diversas modalidades de agresión en contra de la población civil, y el posicionamiento de actores armados regulares e irregulares, en una dinámica de intervención y formulación de políticas públicas que ha venido adquiriendo cierta notoriedad en el último periodo bajo la denominación en los discursos oficiales como *la agenda del pos - conflicto*.

Es aquí donde surgieron durante los años 1998 a la fecha, varias referencias en materia de la construcción de políticas públicas al respecto como lo son las sucesivas leyes de ampliación de la ley 418 del 98 que autoriza al Gobierno Nacional para establecer negociaciones de paz con grupos armados ilegales, la ley 782 del 2002, la promulgación de la ley 975 del 2005 de “*Justicia y Paz*” y posteriormente la llamada “Ley de Víctimas” promulgada en el 1er semestre del año 2011 y de forma más reciente la aprobación en los años 2012 y 2013 de la reforma constitucional conocida como el *Marco jurídico para la Paz* y los sucesivos intentos de reforma penal militar intentados durante este período.

Sobre el particular se refirió en su momento en la constancia de voto negativo a la Ley de *Justicia y Paz*, en Junio del 2005, en el Congreso de Colombia del entonces Representante a la Cámara por el departamento del Valle del Cauca, Alexander López Maya que cita el informe “*Colombia Deuda con la Humanidad*” del Banco de Datos del CINEP del año 2003;

Crímenes en Urabá y el departamento de Sucre que confirman una vez más el extenso y sangriento expediente de las operaciones del paramilitarismo en el país en las dos últimas décadas que en connivencia, complicidad, tolerancia, consentimiento, colaboración, apoyo, protección e incluso unidad de acción con fuerzas de seguridad estatales, han sido responsables de la comisión de masacres, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas, desplazamiento forzado. Según la investigación “Colombia: Deuda con la humanidad-“Paramilitarismo de Estado”, publicado por el Banco de Datos del Cinep, entre 1988 y el 2003, las víctimas superan la cifra de las 14.476, entre las cuales se cuentan 12.398 casos de ejecuciones extrajudiciales registradas. De la misma manera, la población en situación de desplazamiento desde 1985 alcanza hoy la cifra de 3.252.803 personas, en un proceso que ha visto como los grupos paramilitares han usurpado más de cinco millones de hectáreas de tierra y la mayoría de las investigaciones penales y disciplinarias

*adelantadas por estos crímenes se encuentran en la más absoluta impunidad.*³⁷

A su vez, el derecho internacional ha incorporado de tiempo atrás, modelos de intervención judicial con la capacidad para intervenir en lo que se conoce en el marco del DIH como conflictos irregulares o - *conflictos no internacionales* - , para los cuales se aplican instrumentos tales como la Convención de Ginebra y el protocolo 2do de 1977 y su artículo 3ro común y otras aplicaciones afines presentes en el Derecho internacional humanitario. Los cuales pretenden la protección de la población civil no combatiente en entornos agresivos y cambiantes propios de conflictos y enfrentamientos armados y formas de terror y de acciones de impacto colectivo sobre la población no combatiente, cada vez más extendidos y que escapan al control de las legislaciones convencionales en materia penal y en materia del derecho “de gentes” o el propio derecho internacional, en materia de derechos humanos y derecho humanitario.

.La Corte Constitucional en Colombia se refiere al tema en la Sentencia 370 del 2006 sobre la exequibilidad de la ley 975 de 2005;

Con la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, se aportó la primera definición del crimen de lesa humanidad - también llamados crímenes contra la humanidad -. François de Menthon, Procurador General por Francia en el juicio de Nuremberg, los definió como aquellos crímenes contra la condición humana, como un crimen capital contra la conciencia que el ser humano tiene hoy día de su propia condición.

*La noción de crimen contra la humanidad busca la preservación a través del derecho penal internacional, de un núcleo de derechos fundamentales cuya salvaguarda constituye una norma imperativa de Derecho Internacional, ya que como afirma la Corte Internacional de Justicia en la sentencia Barcelona Traction dada la importancia de los derechos que están en juego puede considerarse que los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes. Esto significa, que estas obligaciones son exigibles a todos los Estados y por todos los Estados.*³⁸

³⁷ Colombia. Cámara de Representantes. Constancia de voto negativo Ley de Justicia y Paz, H.R. Alexander López, Cámara de Representantes, Junio del 2005

³⁸ Colombia. Corte Constitucional. Magistrados Ponentes: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Sentencia C – 370 de 2006. Relatoría de la Corte Constitucional. Bogotá. 18 de Mayo de 2006. P. 170 Consideraciones

Sobre el Tribunal de Nuremberg, se propuso la Asamblea General de las nacientes Naciones Unidas que expresaban a las fuerzas aliadas de la posguerra en 1947, la formulación de principios judiciales que a su vez se convierten en bienes jurídicos exigibles ante el derecho internacional; Con lo cual se fundamentan los principios ordenadores del derecho internacional público en materia de crímenes que son competencia de la ley 1448 de 2011 en Colombia, en tanto, las víctimas objeto de la misma son sobrevivientes a hechos que se originan en los anteriores y cuyo tratamiento judicial establece la jurisprudencia a escala internacional con origen en los principios de Nuremberg;

Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito dentro del Derecho Internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción.

Principio II. El hecho de que el Derecho nacional no sancione un acto que constituya un delito dentro del Derecho Internacional no exime de responsabilidad, conforme al mismo derecho, al ejecutor de tal delito.

Principio III. El hecho de que una persona que haya cometido un acto que constituya un crimen conforme al Derecho Internacional, haya actuado como Jefe de Estado o como funcionario público, no le exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional.

Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional,

Principio V. Toda persona acusada de un delito conforme al Derecho Internacional, tiene derecho a un juicio imparcial sobre los hechos y sobre el derecho.

Principio VI. Los crímenes que se enumeran a continuación son punibles bajo el Derecho Internacional:

a) Crímenes contra la paz; a saber:

b) Crímenes de guerra; a saber:

c) Crímenes contra la Humanidad; a saber:

Principio VII. La Complicidad en la perpetración de un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la Humanidad de los

*enumerados en el Principio VI es un crimen bajo el Derecho Internacional.*³⁹

De forma coherente, la consolidación de estos estándares internacionales, soportan el fortalecimiento jurídico de una opinión pública interna y externa favorable a los derechos de las víctimas y a su protección judicial y evidentemente albergan una perspectiva que cuestiona aquellos abordajes que en el marco interno desregulan los conflictos y que se asemejan cada vez más a un estado primitivo de indefensión en contra de los más vulnerables en medio de las hostilidades y las acciones violentas.

Tal como lo expresa para el caso colombiano la formulación en la Constitución del 91 del bloque de constitucionalidad que incorpora al régimen jurídico interno la legislación internacional que se ocupa del tema, lo que prácticamente hace inviable la impunidad como alternativa en el marco del Estado de Derecho; so pena de quebrantar los contenidos fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, la impunidad supone así entendidas las cosas, una *vía de hecho*.

Lo cual hace del caso colombiano y su conflicto armado irregular, un escenario urgido en materia del desarrollo de políticas públicas, doctrina y legislación para intervenir un prolongado proceso de deterioro humanitario y la destrucción sistemática de los valores principales de la sociedad ligados a la preservación de la vida, las acciones colectivas y el ordenamiento jurídico, que trasciendan las distintas formas en que se expresa la impunidad como opción.

Frente a lo cual surge la tentación de excusar, exculpar y desjudicializar las responsabilidades en intangibles tales como “*el perdón*”, “*la reconciliación*”, “*la voluntad de las víctimas*”, “*el bien general de la paz*” como interés supremo; con lo cual los valores e instituciones propias del sistema de justicia pasan a ser considerados como *principios* al calor del debate político de turno, sujetos de una especie de “*mandato de optimización*”⁴⁰ que las más de las veces está bajo el control de los victimarios antes que de las víctimas y la sociedad.⁴¹

En tal sentido, la investigación propuesta pretende indagar en torno la concepción teórica que soporta la pieza de legislación más elaborada de

³⁹ Informe del Equipo Nizkor: [*]Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano. 12 de Junio de 2007. Madrid, Bruselas. <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html#nizkor#nizkor>

⁴⁰ Véase *Mandato de optimización* en Alexy, Robert. Tres escritos sobre la Teoría de los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad Externado de Colombia. 2003 Traducción Carlos Bernal Pulido.

⁴¹ Colombia, Discurso de Posesión presidencial, 7 de agosto 2014; Op.cit.

intervención del conflicto armado y violento para el caso colombiano como lo es *la ley de víctimas* aprobada y sancionada en Colombia en el año 2011; lo cual supone el abordaje jurídico de un problema conceptual actual y que demanda respuestas y desarrollo. Proceso que en los últimos años ha empezado a movilizar recursos, instituciones y procesos sociales en el medio colombiano y que desafortunadamente, todavía no alcanza respuestas sólidas tanto para las comunidades victimizadas como para consolidar un derrotero de políticas de Estado que garantice el desmonte de nuevos ciclos de agresión.

En materia de las necesidades instrumentales y materiales de verdad, justicia y reparación que pudieran surgir en torno a la ley de Víctimas; estas están ligadas al acompañamiento al extenso proceso de implementación de la misma, la cual implicará la apertura no de miles sino de decenas de miles de procesos de reparación y restablecimiento de derechos de casi el 10% de la población colombiana, sujeto jurídico activo de esta legislación.

En declaraciones entregadas el 1ro de octubre del 2014 a la cadena radial Caracol, el Fiscal General de la Nación reconoció la existencia de más de 300 mil hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, susceptibles de ser incorporados a los expedientes objeto de la competencia del ente investigador, con relación al universo de las víctimas que se han acogido a la ley 1448 de 2011.

En el mismo sentido el Informe *Basta ya del Grupo de Memoria Histórica* consigna las siguientes cifras, extraídas del análisis comparativo del Registro Único de Víctimas, implementado por la ley 1448; y que consignan más de 200 mil muertos con ocasión del conflicto armado en Colombia;

Al 31 de marzo del 2013, el Registro Único de Víctimas – RUV- de la Unidad Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas reportó que 166-069 civiles fueron víctimas fatales del conflicto armado desde 1985 a la fecha. Sin embargo, este balance es parcial debido a que el marco legal solo reconoce a las víctimas a partir del 1ro de Enero de 1985, lo que excluye a 11.238 víctimas documentadas en la base de datos del GMH entre 1958 y 1984. Así mismo es importante señalar que en el RUV no están incluidos los combatientes muertos en las acciones bélicas. De acuerdo con la investigación del GMH entre 1958 y 2012, murieron 40.787 combatientes. Es así como al compendiar estas cifras es posible afirmar que el conflicto armado colombiano ha provocado aproximadamente 220 mil muertos. De estas muertes el 81.5% corresponde a civiles y el 18.5% a combatientes.⁴²

⁴² Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Op. Cit, pág. 32

Estas dimensiones del conflicto y sus víctimas genera necesidades concretas y urgentes en torno a la comprensión de los modelos y concepciones de tipo conceptual que estructuran la ley y que no solamente rigen en su desarrollo material las relaciones jurídicas que de ella se desprenden sino que además, retroalimentarán los debates de opinión pública, que se requieren no solamente para llevar sus postulados a la práctica, amén de procurar ampliar y trascender sus motivaciones y considerandos, hacia horizontes cada vez más comprehensivos de los derechos vulnerados y de las necesidades de los sujetos victimizados, individuales y colectivos.

En este sentido, abrir debates y ampliar las consideraciones sobre las víctimas y sus derechos a ser reparados y resarcidos, es una prioridad de la opinión pública y una exigencia académica, tanto a nivel de los imaginarios sociales, como de los operadores jurídicos y los centros de poder y decisión, para realmente garantizar un efectivo proceso de asimilación y consolidación de los valores de verdad, justicia y reparación, en todos los niveles, conforme lo exigiría un renovado ordenamiento jurídico. El cual obedecería en los términos de la *“teoría de la Justicia”*, del autor John Rawls, a un retorno sucesivo y en las mejores condiciones posibles, a las circunstancias *“originarias”* y al sujeto del pacto social que constituyó el modelo institucional colombiano vigente (por lo menos en su dimensión formal), que para todos los efectos prácticos, sería el acto constituyente de 1991.

Capítulo 2; Esquema teórico aplicado al análisis de la “ley de víctimas”

Una aproximación hacia el núcleo del modelo teórico del autor John Rawls, en su obra *“Teoría de la Justicia”*⁴³ implica pasar revista a algunos de los nodos centrales de su planteamiento global, que en consecuencia, aplicaríamos como matriz básica de análisis para el caso que nos ocupa. Rawls propone un esquema que eleva el valor justicia al declararlo equivalente a las instituciones en la sociedad como *la verdad al pensamiento* y que idealiza hasta el nivel más alto de abstracción la concepción liberal del contrato social. Lo que deviene desde su lógica neocontractualista en una postura que propone la interpretación (recuperación) de lo que denomina la *“situación inicial”*, es decir, la recreación del estadio fundante del orden societal en que se configuró el contrato social entre ciudadanos libres y en igualdad de condiciones, (bajo un *“velo de ignorancia”*) quienes a su vez establecieron los principios que han de determinar las relaciones sociales justas y las instituciones que las regulan. Un estadio que el propio Rawls reconoce como hipotético y que el autor propone como criterio para medir a las mencionadas instituciones, quienes deben reproducir en contextos determinados, este esquema básico, generando las condiciones necesarias para que se recree, una y otra vez, a su interior y bajo el arbitrio de individuos que actúan como sujetos libres y autónomos, la figura originaria y abstracta del contrato social.⁴⁴

Siendo el objeto primario de los principios de la justicia social, definir la estructura básica de la sociedad. A su vez, las instituciones se manifiestan como tal, cuando las acciones dispuestas por ellas, se realizan conforme al acuerdo público que las definen. Es decir, un orden justo presupone “un orden”, (un esquema social garantizado en derecho). Esto implica suponer que un ciudadano que participa de una institución pública sabe lo que las normas exigen de ella y de los demás partícipes de la misma; además *“sabe que los demás saben esto y al revés”*⁴⁵. Es decir, se establecen reglas de juego claras y sostenibles, que todos los involucrados conocen; algo que se expresa en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 29 constitucional como el *debido proceso*.

En este sentido, el autor Rawls propone dos presupuestos neurálgicos para el caso de su teoría de la justicia que atraviesan de forma transversal el modelo de análisis propuesto; a los cuales denomina *“dos principios de la justicia”*⁴⁶ y que en sus propios términos constituyen el fundamento en los que él cree habrá acuerdo en la posición original;

⁴³ Rawls, John. Teoría de la Justicia. Primera Reimpresión, segunda impresión en español. México. Fondo de Cultura Económica.1997.

⁴⁴ Ibid, pag. 26

⁴⁵ Ibid, pág. 63

⁴⁶ Ibíd., pág. 67 -72

A saber se trata de;

“Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.”⁴⁷

Y de forma concomitante el 2do principio;

“Todos los valores sociales – libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases del respeto a sí mismo – habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno ó de todos estos valores redunde en una ventaja para todos”.⁴⁸

En tal sentido, Rawls hace la siguiente deducción de lo anterior; las desigualdades económicas y sociales deben significar ventajas para todos y cargas y posibilidades para todos. Siendo la injusticia, un estado de cosas en el cual las desigualdades no benefician a todos. Correspondería entonces, (en el modelo propuesto por el autor), a los principios rectores de justicia garantizar un equilibrio adecuado entre pretensiones enfrentadas y al asignar derechos y deberes, definir la división correcta de las ventajas sociales. Criterio que resultara central en el análisis que nos proponemos para el caso de la “ley de víctimas” y su respectiva asignación de reivindicaciones en materia de lo que la propia ley denomina justicia transicional.⁴⁹

Esta noción de esquema básico de libertades del individuo se plantea desde el texto clásico *“De los delitos y las Penas”* del autor Cesare Beccaria como fruto de la “necesidad”, que fuera la que obligó (en la situación original) al hombre a ceder una franja de su libertad individual en función del acumulado social que permita mantener el orden socio jurídico propio del contrato social⁵⁰. Lo cual permite definir la justicia en este sentido, como el vínculo básico para mantener unidos los diversos intereses particulares que componen el todo social y cuya sumatoria otorga al Estado, entre otras facultades, el derecho de penar en nombre de todos⁵¹. Sin este compromiso necesario y vinculante, que se expresa en la ley, no

⁴⁷ Ibíd., págs. 67 - 69

⁴⁸ Ibíd., pág. 69

⁴⁹ Colombia. Ley 1448 de 2011 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”; junio 10 de 2011. art 8vo definición legal “Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3o de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.” LEY 1448 DE 2011

⁵⁰ Beccaria, Cesare. De los delitos y las penas. Traducción Perfecto Andrés Ibañez. Madrid. Editorial Trotta, s.a. 2011. Pág. 111

⁵¹ Ibíd., págs. 113

sería viable la sociedad moderna en los términos del *contrato* que reivindica John Rawls.

Para el caso de nuestro objeto de estudio, vale la pena anotar aquí, que el valor social a distribuir conforme la asignación dispuesta por estos dos principios de la justicia es el acceso a la *justicia misma*, en tanto el objeto de la ley 1448 se ocupa de lo que ella misma designa como la distribución de “*medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno*”⁵². Siendo la norma una institución jurídica que conforme al marco teórico del autor se configura como institución a partir de realizarse como “*sistema público de reglas que define cargos; derechos y deberes; poderes e inmunidades; una institución existe cuando las acciones dispuestas por ella se realizan conforme al acuerdo público que las define.*”⁵³

Para poder establecer, (aún el caso de contextos muy degradados) un esquema asociado de libertades básicas a asignar, Rawls se acoge al paradigma clásico de libertades primarias a saber y que considera deben acompañar a cada asociado y ciudadano libre; en primer término, derechos, libertades, oportunidades, ingresos y por último, riqueza (material). En este orden de ideas, el esquema básico de libertades primarias en el modelo propuesto por Rawls, plantea; libertad política, libertad de expresión y reunión, de conciencia y pensamiento, libertad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, integridad personal y de propiedad personal. Se trata de un concentrado conjunto de libertades del individuo, conforme al ideario liberal clásico que, sin embargo, Rawls reconoce no son suficientes en sí mismos, como ideario formal para garantizar la autonomía plena del ciudadano. El que los hombres sean libres, está determinado por derechos y deberes establecidos por las principales instituciones de la sociedad. Siendo la libertad individual, un cierto esquema de formas sociales en las cuales no esté permitido justificar diferencias de ingresos o en carga de autoridad y responsabilidad, basándose en que las desventajas de quienes están en una posición determinada se compensan por las mayores ventajas de quienes están en otra. En esta lógica, la eficiencia (según el modelo propuesto de Teoría de la Justicia) sería entonces, mejorar la provisión de bienes que redunde en el beneficio de al menos uno de los individuos, sin que otro resulte perjudicado.

⁵² Nótese que en el título de la ley se menciona la reparación integral y se omite mencionar los derechos de verdad y justicia.

⁵³ Rawls, John. Teoría de la Justicia. Primera Reimpresión, segunda impresión en español. México. Fondo de Cultura Económica. 1997. Pág. 62

Concomitante con lo anterior, el autor John Rawls desarrolla su principio fundante al interior de su esquema teórico; el llamado por él, “*Principio de la diferencia*”⁵⁴ según el cual, el orden social no ha de establecer y asegurar a los mejores situados a menos que con ello se beneficie a los menos afortunados. Con ello, lo que nos dice Rawls es que un sistema social justo debe producir beneficios para todos, (de forma simétrica y sin que venga al caso, la situación inicial planteada a partir del acuerdo de igualdad). Con ello, el autor reconoce la desigualdad de los ciudadanos en el medio social e inclusive desde el mismo lugar de la situación inicial - el contrato social- pero mediado por la noción liberal que promulga que quienes tengan capacidades y habilidades similares deberán tener perspectivas de vida similares, algo que deberán garantizar y proveer las instituciones y aquellos más favorecidos por su lugar en la sociedad (al interior de un ordenamiento justo). Lo cual conllevaría a que las expectativas de aquellos que tengan las mismas capacidades y aspiraciones no deberían verse afectadas por sus orígenes en clases sociales, pregonándose un orden democrático igualitario independiente de “fortuna social o lotería individual”.

Lo cual para el caso del objeto de nuestra investigación se expresaría en abstracto, en el caso de la llamada ley de Víctimas, que pregonaba sobre el papel el acceso de los ciudadanos (as) victimizados (as) en igualdad de condiciones a los servicios fundamentales de justicia, verdad y reparación, conforme el esquema de libertades básicas primarias, mencionado anteriormente.

Rawls desarrolla de forma gráfica este principio de la diferencia en lo que llama la conexión en cadena de beneficios y privilegios de unos y otros. Con lo cual señala que en cualquier punto de una gráfica que mida los anteriores, los beneficios del menos aventajado, deberán coincidir con la curva de crecimiento de los demás. Con lo cual se expresa el paradigma que propone que cualquier avance hacia un arreglo justo; mejora a todos, (a todos les resulta rentable un orden justo). En tal sentido, lo que se pretendería con la reparación y reconocimiento de los derechos de las víctimas en el caso de la ley 1448, supone un avance para la sociedad en su conjunto, en tanto, los beneficios otorgados a los más vulnerables en la cadena de violencias, restablece el equilibrio social para el todo social.

Esta igualdad de oportunidades a su vez, está ligada a la justicia procesal; aquella que se pregonaba como norma independiente para decidir un resultado justo. Aunque la misma resulta imperfecta, según lo reconoce el autor, ya que no hay ningún procedimiento factible que conduzca a un resultado correcto con seguridad. En este sentido, lo que prevalece en el planteamiento de justicia

⁵⁴ Ibíd., págs. 81

procesal es un procedimiento imparcial diseñado para que los resultados igualmente sean imparciales; siempre que se hayan observado los lineamientos del mismo.

De la misma manera, el modelo de justicia propuesto señala la dicotomía por medio de la cual, cada persona en la sociedad tiene dos posiciones; (1) Igual ciudadanía, (2) lugar que ocupa en la distribución de ingresos y riqueza. El primero de ellos que configura una suerte de abstracción liberal que supone a todos como ciudadanos en igualdad de condiciones, promueve la noción de derechos y libertades para todos bajo la máxima de igual libertad implica justa igualdad de oportunidades. Lo cual significa que las instituciones en el modelo de Rawls, se jerarquizan según el grado de eficacia con el cual garantizan las condiciones necesarias para que todos los asociados promuevan sus fines y expectativas. Algo que como ya lo anotábamos, surge desde las concepciones clásicas del contrato social por necesidad de estructurar el orden social y la coexistencia pacífica y no como una suma de voluntades altruistas y desinteresadas.⁵⁵ Todos tienen además, un lugar en la distribución del ingreso y la riqueza, lo cual implica diversas características fijas y modos de acceso sobre los cuales se basan las distinciones en el medio social que además es una estructura que controla y disciplina desde el *panóptico*⁵⁶ del poder del que hablará el autor francés Michel Foucault.

El autor avanza en la idea de un modelo igualitario, al plantear en concordancia con lo anterior, la necesidad de establecer un *“Principio de Compensación”*⁵⁷ que establezca que ante desigualdades inmerecidas, se requiere de una compensación. Lo cual significa que la distribución natural de atribuciones no es ni justa ni injusto; resultan para Rawls, meramente hechos naturales; lo que resulta justo o injusto en el autor, es el modo en que las instituciones actúan respecto a estos hechos. Conforme con este enfoque liberal clásico surge igualmente la noción de fraternidad, que consiste en no querer tener mayores ventajas, a menos que sea en beneficio de quienes están peor situados.

Una teoría completa de lo justo implica, según el modelo del autor John Rawls, además reconocer que primero resultan los principios para las instituciones y luego los principios para las personas (exigencias, obligaciones, derechos naturales, expectativas). Tal como se desprende de la noción de contrato social fundante como el epicentro de la vida en sociedad. Siendo además lo justo en este esquema, aquellas coincidencias con los principios prevalentes en la situación original. Al escogerse principios para las instituciones primero, lo que se pretende

⁵⁵ Beccaria. Op.cit. Pág. 111

⁵⁶ Foucault, Michel. Vigilar y Castigar. Primera Reimpresión en español. México. Siglo XXI. 2010. Págs. 233 -234

⁵⁷ Rawls, op.cit. Pág. 103

indicar es la naturaleza social de lo justo y su íntima conexión con las prácticas sociales (bajo el esquema contractualista ideal de Rawls y la noción de Justicia en el derecho a penar de Cesare Beccaria). En la posición original, las partes fundantes escogerán no solo una concepción de justicia sino también principios constituyentes que resultan ligados de forma estructural al concepto de lo justo.

De forma consecuente se propone en el esquema del autor, un nuevo principio, “*el de la imparcialidad*”⁵⁸; el cual propone que no es posible estar obligado por instituciones injustas o que exceden los límites de la injusticia. Lo cual señala, en la visión del autor que, “*al someterse los individuos a una institución; sacrificando su libertad en una empresa mutuamente ventajosa; tienen derecho a esperar que quienes se benefician de tal sumisión, acepten igualmente un sacrificio proporcional*”. Es decir, (a la manera de Rawls), los vínculos obligatorios presuponen instituciones justas, igualmente, las obligaciones igualmente presuponen actos voluntarios. Siendo la ley vinculante y obligatoria, ella debe descansar sobre instituciones justas que conciten un respaldo espontáneo.

Los *deberes naturales*⁵⁹ del individuo no guardan ninguna conexión necesaria con las instituciones ó prácticas sociales, se dan entre las personas con independencia de sus relaciones institucionales y se constituyen en atributos de las personas que los Estados deben respetar. En el esquema teórico de John Rawls, un deber natural básico es el deber de Justicia. Esto se traduce en el apoyo espontáneo a instituciones justas, las cuales se derivan de la posición original. Aquellos más privilegiados están sujetos a adquirir obligaciones que los vinculan aún más estrechamente a un sistema justo. Es decir, al tenor de lo expuesto por el autor, quienes más han recibido de la sociedad, están más obligados al propósito de un medio justo, como una manera de elemental retribución por lo recibido.

Estos principios que estructuran la posición original en Rawls a su vez se configuran como acto constituyente del pacto social a partir de lo que el autor denomina “*Restricciones formales de lo justo*” que formulan una serie de características que permiten la formulación del pacto social anteriormente consignado a partir de los dos principios. Estas restricciones son; los postulados deben ser generales sin nombrarse a partir de las partes ni identificando intereses concretos; en segundo lugar los principios deben ser universales en su aplicación, “*tienen que valer para todos*”, la tercera condición es que los principios deben tener un carácter público, conocido por todos, la cuarta restricción es la capacidad transitiva para ordenarse como esquema de asignación de derechos, es decir, deben asignarse lugares conforme a un orden discernible y lógico, comprensible y

⁵⁸ Rawls, op.cit. Pág. 113

⁵⁹ Rawls; op.cit. Pág. 115

asimilable por terceros, la quinta y última condición es que el acuerdo debe tener un carácter definitivo, debe configurarse en palabras del autor como “ *tribunal supremo de apelación en materia de razonamiento práctico*”⁶⁰.

Así el profesor John Rawls señala;

*“Tomadas en conjunto estas condiciones de las concepciones de lo justo se resumen así; una concepción de lo justo es un conjunto de principios de forma general y universales en su aplicación, que han de ser públicamente reconocidos como tribunal final de apelación para jerarquizar las demandas conflictivas de las personas morales”*⁶¹

A lo anterior, el Profesor Rawls le suma su conocida formulación del *Velo de ignorancia*, que define a un sujeto constituyente del pacto que resulta - *no egoísta* - y participe de la situación original en condiciones que le impiden conocer solo cierto tipo de hechos específicos sobre su situación concreta en la sociedad;

*“Ante todo, nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición ó su clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc... Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como su aversión al riesgo o su tendencia al pesimismo.”*⁶²

Pero la pregunta que surge aquí es; ¿Cuál es la utilidad concreta de llegar a semejantes niveles de abstracción de la realidad para formular un esquema de lo justo (máxime cuando se trata de establecer la aplicabilidad de este modelo teórico para el análisis de contextos que implican un grado exacerbado de polarización y de confrontación que se expresan a través de la violencia)?

La respuesta del esquema de Rawls a lo anterior radica en la formulación de una trama conceptual que permita que el sujeto deliberante bajo el “*velo de ignorancia*” pueda ser reproducido para acceder a los supuestos generales que determinaron la elección de los principios de justicia configurados en la situación original con el propósito de que estos puedan ser recreados y simulados en cualquier momento posterior, conforme a su perspectiva de fondo. Coherente con la aspiración de ser capaces de producir acuerdos justos que permitan partes equitativamente situadas en cualquier escenario concreto y que desde la posición original puedan corregir la “*arbitrariedad del mundo*” a partir de una genuina reconciliación de intereses que desde el velo de ignorancia se hacen evidentes para todos. El sujeto del velo en Rawls es un actor deliberante que “*protege sus libertades, amplía sus oportunidades, aumenta los medios para promover objetivos*” pero desde la

⁶⁰ Ibid. Pág. 133

⁶¹ Ibid. Pág. 133- 135

⁶² Ibid. Págs. 135 – 136

*racionalidad vinculante del contrato, que es la racionalidad de la justicia.*⁶³ Lo cual lleva a la formulación de elecciones racionales en un sinnúmero de posibilidades bajo *condiciones de incertidumbre*.

Es quizás, en este momento cuando el proyecto conceptual en Rawls alcanza una de sus dimensiones más potentes al conectar el esquema constituyente del contrato social por él formulado a partir de los *dos principios de la Justicia* con el *imperativo categórico* en Emmanuel Kant. Dicha conexión se logra al establecerse un vínculo fundante entre el anhelo de lograr relaciones justas con la obligación moral y perfectible de alcanzar un estado de relaciones humanas en las cuales el sujeto prevalezca como fin y no como medio.⁶⁴

*“Al disponer las desigualdades para beneficio recíproco y al abstenerse de la explotación de las contingencias de la naturaleza y de las circunstancias sociales dentro de un marco de libertades iguales, las personas expresan su mutuo respeto en la constitución misma de la sociedad”*⁶⁵

Lo cual se traduce en un esquema de justicia que se hace vinculante y justiciable (en materia de principios que alcanzan un margen de acción por medio del *mandato de optimización* en los términos de Robert Alexy) a partir de la expresión del *respeto mutuo* en la relación del contrato que proyecta la dignidad humana como valor axiomático en el sistema de justicia y su consecuente distribución de derechos, oportunidades y obligaciones, en los cuales el ser humano según el autor, adquiere la condición inalterable de constituirse como un *fin en sí mismo*.

En palabras del profesor Rawls;

*“Otra manera de expresar esto es decir que los principios de justicia reflejan en la estructura básica de la sociedad el deseo que tienen los hombres de no tratarse como medios sino únicamente como fines en sí mismos.”*⁶⁶

Con lo cual se establece de forma consecuencial una valoración conceptual que resulta determinante para nuestro estudio de la ley 1448, (que se ocupa precisamente del restablecimiento de derechos conculcados y la victimización violenta de la población); siendo la resultante de esta conexión entre justicia y dignidad humana en los términos y márgenes de acción propuestos por los dos principios de la justicia, aquella por medio de la cual se declara que las ventajas obtenidas e impuestas en el orden social por acciones y decisiones injustas no

⁶³ Ibíd. Págs. 140 - 142

⁶⁴ Véase en Rawls en su *Teoría de la Justicia*, págs. 169 a 177, la argumentación a favor de los dos principios de la Justicia en su sustentación completa sobre la Posición original, en esta aparte, el autor justifica su postura elevando la opción por el contrato social con el principio central de la dignidad humana.

⁶⁵ Rawls. Op.cit. Pág 172

⁶⁶ Rawls. Op.cit. Pág 173

resultan aceptables para el modelo en tanto lesionan la dignidad humana de los afectados por esta distribución desigual de oportunidades y derechos.

“Considerar las personas como fines en sí mismas dentro de la conformación básica de la sociedad es convenir en renunciar a aquellas ventajas que no contribuyan a mejorar las expectativas de todos. Por el contrario, considerar a las personas como medios es estar dispuesto a imponer a quienes ya de por sí son los menos favorecidos perspectivas de vida aún menores en favor de las mayores expectativas de otros.”⁶⁷

Cuando, en este sentido, (según Rawls) no hay acuerdo sobre lo justo en el medio social, surgen la desconfianza y el resentimiento (lo que podríamos señalar como propios de la victimización).

“Seguramente será natural experimentar una pérdida de respeto propio, un debilitamiento de nuestro sentido del valor que tiene realizar nuestros propios fines, si estando ya entre los menos favorecidos tenemos que aceptar menores perspectivas de vida en favor de los demás.”⁶⁸

El propio John Rawls, sin embargo, admite que existen en la vida social concreta diferencias medibles entre las reglas, las instituciones y la apropiación que los individuos hacen de las mismas. Inclusive desfases entre los contextos y las instituciones que pueden ocasionar que los primeros resulten justos y a su vez, la institución *injusta* o viceversa. Lo cual obliga a considerar no solo a las instituciones como tal, sino a su entorno, en una valoración integral del medio y las relaciones existentes a su interior. De la misma manera, que señalar, que las diversas concepciones de aquello que resulta justo, obedecen a diferentes nociones de sociedad que provienen de *lugares, concepciones y expectativas diferentes en la sociedad*⁶⁹ Rawls. Tal como sucede en nuestro caso con la existencia de la doble perspectiva, *victimistas – victimarios* y las diversas concepciones que emanan de la sociedad de clases que se expresa a través del conflicto armado colombiano.

El modelo teórico que se propone para esta investigación incluye entonces la mirada crítica que desde su gestación misma, atraviesa el modelo neoclásico propuesto por Rawls en lo que el autor Michel Foucault llama la *“sociedad disciplinaria”*. *“lo que en adelante se impone a la justicia penal como su punto de aplicación, su objeto útil, no será el cuerpo del culpable alzado contra el cuerpo del rey; no será tampoco el sujeto de derecho de un contrato ideal sino realmente el individuo disciplinario.”⁷⁰*

⁶⁷ Rawls. Op.cit. Pág 175

⁶⁸ Ibid. Pág 174

⁶⁹ Ibid. Pág. 23

⁷⁰ Foucault, Michel. Vigilar y Castigar. Primera Reimpresión en español. México. Siglo XXI. 2010.

Un modelo social que trasciende del sujeto de derecho al individuo disciplinable según el Profesor Foucault, como resultado de la génesis de la sociedad de clases del capital, que reproduce en la situación *original*, de manera ampliada, las estructuras represivas y de control social propios del modo de producción capitalista; el cual en su génesis, se expresa a través de recrear en el todo social, el régimen disciplinario y las técnicas cotidianas propio del control del patrono sobre los factores de producción, siendo el principal de ellos, el control integral sobre el propio productor que se asume en la doble condición de ciudadano y proletario, sometido al poder disciplinario del sistema *factoría – prisión - hospital*,⁷¹. El cual prevalece en los micro - entornos y en los espacios públicos de las sociedades de masas sobre las garantías ciudadanas ideales, propias del contrato social y su promesa formal liberadora.

*La disciplina tiene que poner en juego las relaciones de poder, no por encima sino en el tejido mismo de la multiplicidad, de la manera más discreta que pueda, la mejor articulada... la menos dispendiosa...A esto responden instrumentos de poder anónimos y coextensivos a la multiplicidad que rigen, como la vigilancia jerárquica, el registro continuo, el juicio y la clasificación perpetuos. En suma, sustituir un poder que se manifiesta en el esplendor de los que lo ejercen, por un poder que objetiva insidiosamente aquellos a quien se aplica.*⁷²

Lo cual hace que la *situación inicial* que se asume desde Rawls como fuente del paradigma de la sociedad justa, este marcada por el propósito fundante de establecer una sociedad disciplinaria cuyas instituciones sociales y jurídicas se construyen desde el lugar del control y el aconductamiento de individuos funcionales al poder de la nueva sociedad moderna descrita por el profesor Foucault.. Un contrato social que resulta entonces sometido a la voluntad de actores asimétricos, que prevalecen desde lugares desiguales, proclives a un modelo estructuralmente injusto basado en la dominación antes que en la cooperación. Lo cuál en el caso de la ley 1448, nos remite a revisar la sociedad victimizada como una sociedad disciplinada bajo el rigor de la violencia como método de control social;

la formación de la sociedad disciplinaria remite a cierto número de procesos históricos amplios...pero lo propio de las disciplinas es que intentan definir, respecto de las multiplicidades, una táctica de poder que responde a tres criterios; hacer el ejercicio del poder lo menos costoso posible...hacer que los efectos de este poder social alcancen su máximo de intensidad y se extiendan

Págs. 260

⁷¹ Ibid. Pág 257

⁷² Foucault, Michel. Vigilar y Castigar. Primera Reimpresión en español. México. Siglo XXI. 2010. Págs. 253 - 254

*lo más lejos posible, sin fracaso ni laguna; ligar en fin este crecimiento económico del poder y el rendimiento de los aparatos dentro de los cuales se ejerce (ya sean los aparatos pedagógicos, militares, industriales o médicos) en suma, aumentar a la vez la docilidad y utilidad de todos los elementos del sistema.*⁷³

Los conceptos del autor precitado John Rawls en cuestión abordan igualmente de manera central una idea de “*Justicia*” en sociedad, que desarrollan lo anterior en una concepción sistémica según la cual; el modelo de Justicia debe proporcionar una asignación de derechos y deberes que determinan la división de las ventajas debidas a la llamada *cooperación social*⁷⁴ que coexiste en nuestro modelo y conforme a las necesidades de nuestro ejercicio académico con la noción de sociedad disciplinaria. A su vez, bajo este esquema la administración congruente de las leyes y las instituciones se conoce como la llamada justicia formal que implica “*tratar de manera semejante, casos semejantes*”. Es esta justicia formal la que supone la adhesión de los asociados (ciudadanos) a los principios que rigen la obediencia al sistema, los cuales sin embargo no garantizan necesariamente justicia sustantiva. Y es el mismo Rawls, quien reconoce en consecuencia que, de la fuerza de las demandas de justicia formal y de obediencia al sistema depende la justicia sustantiva de las instituciones y viceversa.

Es en el marco de las relaciones formales sustentadas por el poder del Estado y sus instituciones y la realidad material de sus actuaciones que nos encontramos con el planteamiento crítico del autor y sacerdote Jesuita Javier Giraldo Moreno⁷⁵ el que en su obra “*Derechos Humanos y Cristianismo, Trasfondo de un conflicto*” (2010) nos presenta la noción para el caso de Colombia de “*un estado esquizofrénico*”⁷⁶ que se presenta como un estado de derecho, asociado a la idea de un modelo institucional que protege los derechos humanos pero que sin embargo crea un *para estado* que en palabras del padre Giraldo ejerce “*la violencia y comete toda clase de atrocidades para preservar beneficios y ejercer una injusticia con dividendos*”. En este orden de ideas estaríamos ante una variable de la concepción de la justicia del Estado a la manera de una *enfermedad mental*, una conjunción bipolar de la tradicional relación gobernantes – gobernados y de la hegemonía que el Estado ejerce sobre sus asociados.

⁷³ Ibid. Págs. 251 - 252

⁷⁴ Rawls. Op.cit. Pág. 19

⁷⁵ Javier Giraldo Moreno S.J. Colombiano, Tercer Vicepresidente del Tribunal Permanente de los Pueblos, Fundador del CINEP, Destacado defensor de los Derechos Humanos y promotor de la defensa de las Víctimas de los crímenes de lesa humanidad y los tribunales internacionales de los pueblos, reconocido en América latina por su lucha en contra de las dictaduras del cono sur y la violencia en Colombia, director de la Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz y el Banco de datos de derechos humanos del CINEP durante el período 1991 a 1998:

⁷⁶ Giraldo, Moreno, Javier S.J. Derechos Humanos y Cristianismo, Trasfondo de un conflicto. Segunda Edición. Bogotá D.C. Editorial El Buho. 2010. Pág. 215

El autor Georg Jellinek nos presenta una noción particular de concepto social del Estado que nos permite aproximarnos a esta visión de Estado *esquizoide* del padre Giraldo, en tanto posible configuración de un marco de relaciones humanas que pueden devenir en la caducidad del contrato social y degeneración de la posición *original*.

Señala el profesor Jellinek en su obra *Teoría General del Estado*;

Como últimos elementos objetivos del Estado encontramos una suma de relaciones sociales que se traducen en actividad entre hombres, o más exactamente, que el concepto de la suma significa ya una forma subjetiva de síntesis, una yuxtaposición y sucesión, determinadas en las relaciones de las actividades exteriores del hombre a hombre. Es pues, no una sustancia, sino exclusivamente una función y la sustancia que sirve de base a esta sustancia es y ha de ser el hombre.

Pero tal función es exclusivamente una modalidad psíquica, y si produce efectos síquicos, se manifiestan siempre mediante aquellos, por lo cual la función del Estado encaja dentro del orden de los fenómenos síquicos.”⁷⁷

El Estado como fenómeno síquico adquiere entonces una dimensión orgánica que puede deteriorarse como una disfuncionalidad sicopática de la conciencia colectiva y que desvirtúa las instituciones que se muestran incapaces de no solamente ejercer su función conforme a su misión sino que además se incorporan a fuerzas centrífugas internas, que a la manera de una desviación síquica, corroen y destruyen su integralidad. Es decir un estado enfermo que se descompone como una herida putrefacta.

Esta amalgama de intereses en franca contradicción que suponen tanto la edificación del contrato social como la inviabilidad de sistemas jurídicos y disciplinarios en el todo social pueden alcanzar sin embargo, niveles muy avanzados de degradación y descomposición socio jurídica, que cuestionan la existencia misma del proyecto de sociedad como posible y que implicarían, para el caso colombiano en particular y según la clasificación del Padre Giraldo, “*una ruptura dramática entre (1) ética y derecho, (2) verdad material y verdades procesales, (3) la administración pública y la administración de justicia y el (4) derecho internacional y el derecho interno*”, que en palabras del padre jesuita y autor, Javier Giraldo, conducen a un modelo de Estados paralelos o *Estado Esquizoide*, (tal como sucede en el caso del *para - estado* colombiano instrumentalizado bajo el proyecto paramilitar) funcional a la destrucción de la vida, la conciencia ética y moral de la sociedad y que hacen inviable su propia

⁷⁷ Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Tercera Reimpresión. México D.F. 2012. Pág.188

existencia como proyecto institucional y social, que hacen imposible la sociedad justa.

En su recorrido el Padre Javier Giraldo nos señala;

“Luego de muchos años de haber acudido al sistema judicial colombiano para denunciar y demandar justicia en favor de millares de víctimas de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a sus derechos fundamentales, comencé a preguntarme yo mismo por qué recurría a órganos y agentes de un estado que en otras de sus instituciones y mecanismos, era el que perpetraba los crímenes”⁷⁸

A continuación y sobre la doble condición de la identidad y auto conciencia del Estado frente a los crímenes cometidos bajo su órbita de responsabilidad;

Fue necesario acudir a la Psiquiatría para buscar analogías que permitieran de alguna manera entender ese tipo de anomalías. Frente a fenómenos de un Yo Escindido, confuso, ambiguo, que llega al extremo de creerse –otro- y de definirse como –otro- descubrí los rasgos de la esquizofrenia. Uno de sus clásicos tratadistas, E. Minkowsky, citando a su maestro Bleuler, la describe como – un relajamiento en la tensión de las asociaciones- ... tal analogía me pareció la más pertinente para caracterizar a un Estado que, como entidad orgánica y al fin y al cabo integrado por agentes humanos en los que se encarna y concretiza la responsabilidad del órgano estatal como tal, se revela tan profundamente escindido que percibe parte de su propio ser como alteridad óptica.⁷⁹

Con lo cual se concreta en la práctica esta esquizofrenia del Estado colombiano frente a los actos y conductas de la cuales resulta responsable por acción o por omisión en los expedientes por graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos.

Una de las manifestaciones más evidentes de esa esquizofrenia es sin duda la estrategia paramilitar del Estado, o sea la conformación de una franja de población civil integrada de facto a la violencia del Estado sin reconocimiento formal, lo que le permite tanto al Estado como al Establecimiento identificarlo en el discurso formal como un -no estado -, aunque sea de público dominio su íntima relación, histórica y estructural con las instituciones oficiales...

El divorcio entre ética y derecho cumple aquí su función ideológica más profunda y por ello los funcionarios son preparados desde las universidades en el más acendrado positivismo jurídico. Si no fuera por esa preparación mental que les permite asumir la contradicción interna entre eticidad y juricidad, abriendo compartimientos independientes y mutuamente ajenos en

⁷⁸ Giraldo, Moreno. Op. Cit. Pág. 217

⁷⁹ Giraldo Moreno. Op. Cit. Págs. 218 -219

su conciencia y en su personalidad que puedan repelerse mutuamente como – no yo- sin desgarrar ni volver añicos su psiquismo, los funcionarios no resistirían la incoherencia íntima de sus vidas, solo soportable mediante cuadros esquizofrénicos sutilmente validados por la -ciencia del derecho-⁸⁰

Quedaría por establecer, no solamente como parte de un ejercicio académico sino como una evaluación histórica de mayor envergadura si la *Ley de víctimas* aquí analizada sería una expresión del modelo de justicia posible en atención a su presunto origen en esto que el padre Giraldo llama *Esquizofrenia del Estado*, a lo cual podríamos seguramente añadir, esquizofrenia *criminal* del Estado colombiano.

Lo cual nuevamente nos conduce al concepto de Justicia transicional, sobre el cual gira la presentación central de nuestro objeto de estudio, la ley 1448. La indagación aquí radica en establecer desde una orilla conceptual; ¿Cuánto hay de Estado esquizoide en la apuesta por una “transicionalidad” en materia judicial que a su vez se presenta como requisito de procedibilidad hacia la consecución de la Paz como valor jurídico supremo y a su vez, cuánto hay de legítimo y de válido en las iniciativas que se proponen en este tipo de contextos donde *lo justiciable* se hace *negociable*?

En particular cuando aquello que se negocia supone hechos imputables al Estado, quien por mérito de la negociación política de los crímenes desaparece de la órbita de responsabilidades.

Muy seguramente esta disyuntiva se resuelve en los acentos, lenguajes y transacciones propias del texto legal en discusión y de la implementación misma de las políticas públicas contenidas en la ley, pero lo cierto es que la ruta ya ha sido fijada en pro de la formula – *sacrificio de la Justicia a cambio de paz*- en lo dispuesto por la Corte Constitucional en su línea jurisprudencial sobre el particular.

Al respecto señala la Corte en la Sentencia C- 370 del 2006 que establece la exequibilidad de la ley 975 de *Justicia y Paz*,

En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma

⁸⁰ Giraldo Moreno. Op. Cit. Págs. 220

especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción...

Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.⁸¹

En esta misma línea pero abriendo la discusión en torno a los alcances de lo que podrían ser niveles *mínimos* de *justicia* está el planteamiento del documento “*El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*” Informe del Secretario General de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad, del 3 de agosto de 2004; según el cual, la perspectiva reivindicada no es sacrificar la dimensión del modelo de justicia en aras de alcanzar un modelo de negociación de paz, sino reconfigurar los escenarios del modelo de justiciabilidad en etapas de transición integrales que vayan más allá del universo de competencias de la justicia penal;

Cuando sea necesaria una justicia de transición, las estrategias utilizadas deben ser holísticas y prestar una atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores. Las Naciones Unidas deben considerar por medio de la planificación anticipada y la consulta previa qué interacción hay entre los distintos mecanismos de la justicia de transición, a fin de asegurarse de que no entren en conflicto los unos con los otros.⁸²





⁸¹ Colombia. Corte Constitucional. Magistrados Ponentes: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Sentencia C – 370 de 2006. Relatoría de la Corte Constitucional. Bogotá. 18 de Mayo de 2006. Pág. 240 -241 Consideraciones del Corte

⁸² Naciones Unidas. Secretaría General. “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” Informe al Consejo de Seguridad. Agosto 4 de 2004. #23





Matriz de análisis para el caso de la Ley 1448 de 2011;

Hacia una teoría de la Justicia en materia de una política pública de atención a las víctimas del conflicto armado en Colombia⁸³

La matriz presentada a continuación presenta los componentes del modelo de justicia construido a partir de los conceptos de los autores reseñados (Rawls, Foucault y Giraldo Moreno) y que se convierten en los referentes teóricos sobre los cuales se soporta nuestra indagación en torno al análisis de contenidos que pretendemos realizar a la ley 1448 con el objetivo de analizar de forma crítica el esquema conceptual inherente a su modelo de justicia.

Dos Principios de La Justicia 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ <i>Primero:</i> Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. <i>Segundo;</i> Todos los valores sociales – libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases del respeto a sí mismo – habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos.
La Situación Inicial 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ La recreación permanente del estadio fundante del orden social en que se configuró el contrato social entre ciudadanos libres y en igualdad de condiciones, quienes a su vez establecieron los principios que han de determinar las relaciones sociales justas y las instituciones.
Libertades Básicas 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ En este orden de ideas, el esquema básico de libertades primarias en el modelo propuesto por Rawls, plantea; libertad política, libertad de expresión y reunión, de conciencia y pensamiento, libertad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, integridad personal y de propiedad personal.
Principio de la diferencia 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ El orden social no ha de establecer y asegurar a los mejores situados a menos que con ello se beneficie a los menos afortunados.

⁸³ El concepto de la Teoría de la Justicia descansa en la concepción general del autor John Rawls y que ha sido materia central de discusión en esta investigación; como fundamento del modelo de análisis teórico

<p>Principio de Compensación</p> 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ modelo igualitario, que plantea la necesidad de establecer un “<i>Principio de Compensación</i>” que establezca que ante desigualdades inmerecidas, se requiere de una compensación.
<p>Principio de Imparcialidad</p> 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Es decir, (a la manera de Rawls), los vínculos obligatorios presuponen instituciones justas, igualmente, las obligaciones igualmente presuponen actos voluntarios. Siendo la ley vinculante y obligatoria, ella debe descansar sobre instituciones justas que conciten un respaldo espontáneo.
<p>Estado Esquizofrénico</p> 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Concepción que se desprende de la noción de una Entidad orgánica que se revela profundamente escindida y desintegrada que llega inclusive a percibirse a sí mismo como otro diferente; expresa como institucionalidad una ruptura estructural entre ética y derecho que a su vez lo lleva a fraccionar las relaciones existentes entre el derecho administrativo y penal, la verdad procesal de la verdad real y el derecho internacional del derecho interno. Su mayor expresión y quizás su manifestación más evidente es la estrategia paramilitar del Estado, que integra a una franja de la población civil a la violencia de facto del Estado sin ser reconocida como tal.
<p>Sociedad disciplinaria</p> 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Traslado de la técnica de control de la institución penal y el taller de la fábrica al cuerpo social entero; colectivización de la disciplina como forma de control social extra jurídico.

❖ **Capítulo 3; Análisis para entender el modelo de justicia concebido para las víctimas en Colombia**

En este capítulo, nuestra investigación se ocupará de establecer el contraste entre los postulados fundamentales de la ley 1448 de 2011 y los ejes de la matriz teórica con el propósito de alcanzar una lectura que permita identificar el modelo de justicia contenido en la ley. Para lograr tal propósito se seguirá el siguiente esquema lógico; (1) presentación de la ley 1448, conforme al contexto normativo en que se da su proceso de formación (2) Identificación de sus contenidos estructurales como de los indicadores del fenómeno de la victimización intervenida por la ley 1448 (3) Ejercicio de contraste de los principales ejes de la ley 1448 con la matriz teórica propuesta,⁸⁴ en lo que podríamos señalar como la “*discusión en torno al modelo de Justicia*” contenido en la ley 1448.

Presentación de la ley 1448 de 2011;

La discusión que da origen al proceso de la Ley 1448 pretende ser una salida jurídico-política al extenso y sangriento expediente de acciones violentas de origen estatal y no estatal en el país en las dos últimas décadas. Su formulación corresponde a un acumulado institucional y extra institucional que finalmente aborda en esta etapa la identificación y consideración de los derechos de las víctimas⁸⁵ de violaciones masivas a los derechos humanos como escenario relevante de la negociación política del conflicto armado interno con miras a su terminación.⁸⁶

La ley 1448 surge en un contexto cuyo antecedente legislativo más desarrollado es la promulgación de la ley 975 “*de Justicia y Paz*”⁸⁷ que fuera aplicada a líderes paramilitares, que como ya se ha señalado, surgen en contextos que se

⁸⁴ Matriz desarrollada en el capítulo 3.

⁸⁵ Al respecto señala la Corte Constitucional en su Sentencia C – 250 del 2012, sobre la exequibilidad del artículo 3ro de la ley 1448; “*Esta percepción tiene fundamento tanto en su título como en su contenido normativo, pues desde el primer artículo se señala que tiene como propósito definir, dentro de lo que denomina como un marco de justicia transicional, acciones concretas tanto de naturaleza judicial como administrativa, al igual que acciones de naturaleza social y económica, dirigidas a individuos como a colectivos, y destinadas a las víctimas de infracciones al DIH y de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno (Art. 1). La misma disposición señala que se tratará de medidas que harían posible para estas víctimas, el goce efectivo de su derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, para así reconocer su condición de víctimas, su derecho a la dignidad humana y la materialización de sus derechos constitucionales (Art. 1).*”

⁸⁶ En el 2012 se da inicio al proceso de negociación del Conflicto armado por parte del Gobierno Nacional con la Guerrilla de las FARC, cuyo eje de presentación es la “terminación” del conflicto y el esquema de negociación sin cese al fuego.

⁸⁷ Colombia. Congreso de Colombia. Ley 975 de junio 11 de 2005. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Diario Oficial 25 de junio de 2005.

expresan partir de la connivencia, complicidad, tolerancia, consentimiento, colaboración, apoyo, protección e incluso unidad de acción con fuerzas de seguridad estatales. De esta manera surgieron la comisión de masacres, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas, (la población en situación de desplazamiento desde 1985 a la fecha de la promulgación de la ley 975 de *Justicia y Paz*, alcanzó la cifra de 3.252.803 personas, en un proceso que ha visto como los grupos paramilitares han usurpado más de cinco millones de hectáreas de tierra⁸⁸); todos las anteriores configuran hechos delictivos de la mayor gravedad bajo la Jurisdicción del derecho internacional.⁸⁹ Con el agravante que la mayoría de las investigaciones penales y disciplinarias adelantadas por estos crímenes se encuentran, a la fecha, en la más absoluta impunidad.

A la par de este expediente, por supuesto se debe señalar que la coyuntura de promulgación de la ley 1448 se produce en un momento en que se plantea la negociación del gobierno del Presidente Santos con la guerrilla de las FARC; lo cual obliga necesariamente a la discusión en torno a las víctimas que se producen con ocasión del enfrentamiento de las fuerzas insurgentes y el Estado, durante ciclos de violencia que datan desde la década de los *años 50*, en el siglo pasado. Cuyo efecto establece una dinámica con múltiples factores generadores de actos de violencia y de víctimas que se corresponden a una diversidad de hechos, responsables y causas esencialmente antijurídicas en desarrollo del conflicto armado.

Estos referentes propios de una emergencia humanitaria colosal reflejan una crisis institucional y política de enormes dimensiones, tanto al interior del proyecto de nación construido por las elites en Colombia a lo largo de la última mitad del siglo pasado como lo sucedido al interior del mismo Estado, sus instituciones y aquellos que han combatido contra él por medio de la insurgencia armada durante este período.

Lo anterior nos permite entender que la promulgación de la ley 1448 no se produce de forma espontánea ni mucho menos, sino en directa correspondencia con la necesidad de dar respuesta a las demandas de múltiples procesos sociales impactados por la violencia política que a su vez dejó a millones de víctimas en todo el territorio nacional que se expresaban como correlato y consecuencia de esta enorme crisis política generada a partir de hechos como los reseñados arriba y otros. Lo cual como fenómeno político y jurídico se expresa de forma concreta en el proceso sistémico y progresivo del marco normativo que concibe la

⁸⁸ CINEP Banco de Datos de Derechos Humanos y violencia política. Colombia: Deuda con la humanidad-Paramilitarismo de Estado Bogotá. <http://www.nocheyniebla.org/files/u1/casotipo/deuda/html/deuda.htm>

⁸⁹ Al respeto véase los artículos 6, 7, 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, Roma, 17 de julio de 1998

formación de la ley 1448. El cual en su última etapa en el Congreso de la República resultó ser un proceso arduo, polémico y que finalmente no concitará el consenso total de todos los sectores expresados en el Legislador.

Sobre lo que ha sido este proceso de formación de la ley 1448 se expresa la ponencia para 2do debate al proyecto de ley 213 de 2010, Senado, 107 de 2010, Cámara, acumulado con el proyecto 085 de 2010, Cámara, que posteriormente sería aprobado y promulgado como la Ley 1448;

Sin embargo para abordar la magnitud y complejidad de atender, asistir y reparar a las víctimas; al tiempo que avanzan las dificultades inherentes al proceso, se configura también la construcción institucional de soluciones que se pretenden efectivas. El tránsito por las rutas que a esa solución confluyen ha sido detenido inúmeras ocasiones por impedimentos, en la mayoría de los casos, generados por la yuxtaposición de procesos institucionales desarticulados, la ausencia de respeto de los funcionarios a cargo, la insuficiente robustez para garantizar la marcha hacia la consecución del objetivo que se persigue, cual es el fortalecimiento y la debida coordinación de los entes del Estado para satisfacer los derechos de las víctimas⁹⁰

El marco normativo de la ley 1448 se configura (como ya lo hemos señalado) a partir de su antecedente, la ley de Justicia y Paz, 975 de 2005, las leyes de ampliación del marco legal que habilitan al Gobierno Nacional para establecer diálogos con los grupos armados ilegales, la Ley 418 de 1997 que fue prorrogada en su vigencia por la Ley 548 de 1999, modificada y prorrogadas por la Ley 782 de 2002, prorrogada y modificadas por la Ley 1106 de 2006 y la ley 1424 de 2010 “por medio de la cual se dictan disposiciones de Justicia Transicional, y se conceden beneficios jurídicos a favor de los desmovilizados de grupos armados al margen de la ley”. A esta legislación se le añade el Proyecto de Acto Legislativo N° 14 de 2011 Senado - 94 de 2011 Cámara “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” que hizo tránsito a reforma constitucional el pasado 16 de Junio de 2012, promulgando los artículos 66 y 67 transitorios de la Constitución política. Con esta reforma se consolida la tendencia que incorpora de manera plena y con rango constitucional la llamada Justicia Transicional al ordenamiento jurídico superior, bajo una perspectiva que si bien amplía la extensión de la justicia que restablece derechos a las víctimas más allá del derecho penal, se pretende igualmente resulte respetuosa de los compromisos y estándares internacionales en materia de crímenes de lesa humanidad y e infracciones al derecho internacional humanitario.

⁹⁰ Colombia. Senado de la República. Ponencia para Segundo debate al Proyecto de ley numero 213 Senado de 2010 Senado, - 107 de 2010 Cámara, acumulado con el proyecto de ley número 085 de 2010 Cámara. Bogotá 5 de mayo de 2011. Gaceta del Congreso, miércoles 11 de mayo de 2011.

A estas leyes se suma la sentencia de constitucionalidad C-370 del dieciocho (18) de mayo de dos mil seis (2006) sobre la ley 975 de 2005 de Justicia y Paz de la Corte Constitucional. De igual manera la sentencia de constitucionalidad C-052/12 de la ley 1448 de 2011 por demanda en contra de su artículo 3ro emanado de la Corte Constitucional, magistrado ponente, Nelson Pinilla Pinilla, del 8 de Febrero de 2012. Y las sentencias de la Corte Constitucional C – 250 de 2012 del 28 de Marzo del 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y la Sentencia C - 253 de 2012 del 29 de marzo del 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; en ambos casos se trata de fallos sobre demandas en contra del artículo 3º de la ley 1448 de 2011, *“ley de Víctimas y tierras”*.

Así mismo existen a la fecha los decretos reglamentarios de la ley 1448; Decreto 4634 "Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rom o Gitano"; Decreto 4635 "Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras"; Decreto 4800 "Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones"; Decreto 4801 "Por el cual se establece la estructura interna de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas"; Decreto 4802 "Por el cual se establece la estructura de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas"; Decreto 4829 "Por el cual se reglamenta el capítulo 111 del título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras".

Contenidos esenciales de la Ley 1448, “De las Víctimas”

Como lo hemos establecido la ley en comento expresó en su momento un largo proceso de debate en torno a las consecuencias en número de personas afectadas por ciclos de violencia y crisis institucionales cuyos indicadores crecen de forma exponencial y que necesitaban (y necesitan de) una respuesta de corte institucional. Es decir, la crisis generada por millones de personas victimizadas no podía ser postergada más tiempo, máxime teniendo en cuenta las presiones internacionales al respecto y el antecedente de haber legislado primero en función de resolver las demandas de los victimarios antes que de las víctimas en el caso de la ley 975 de 2005.

A lo que se suma la situación creada por los procesos masivos de despojo de tierras que acompañan los distintos expedientes de desplazamiento forzado en el país, lo que implica que vastas zonas del territorio objeto de la expulsión violenta de sus propietarios y poseedores ofrecen una reprochable situación jurídica en materia de modo y título de sus derechos reales de propiedad sobre el suelo,

superficie y otros créditos que amenazan con deslegitimar de forma insaneable el mercado de tierras y paralizar los intereses comerciales y de explotación de recursos naturales por parte de las distintas agendas de desarrollo para estos territorios, objeto del conflicto armado.

Siendo esta una discusión que inclusive obligó a acumular en el expediente de formación de la ley 1448, una reforma a la situación del agro y los territorios, lo que a la postre no se consolidó como tal, pero que evidenció en su momento la doble necesidad de reivindicar y de legalizar la situación, tanto de las víctimas del despojo violento como de sus propiedades, que se expresa en la Ley 1448, bajo la figura jurídica de la restitución y saneamiento de tierras contenidos en el título IV, Reparación de las Víctimas, capítulo II, Disposiciones Generales de Restitución, Ley 1448; sobre el particular señala el artículo 72 de la ley 1448; *“El Estado Colombiano adoptará las medidas requeridas para la restitución jurídica y material de las tierras a los despojados y desplazados. De no ser posible la restitución para determinar y reconocer la compensación correspondiente.”*⁹¹

Sobre este particular, la Constancia de Voto Negativo de la bancada del POLO DEMOCRATICO ALTERNATIVO en el Senado a la ponencia positiva en segundo debate, del proyecto de ley 213 de 2010 - Senado, que aprobaba la actual ley de Víctimas, señalaba la existencia de un modelo de reparación funcional a los mercados de tierras de interés para grandes megaproyectos y transnacionales, que necesitaba su relegitimación y su habilitación legal;

*El propósito de la restitución integral entra en contradicción con la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo, que en los artículos 60 y 61 privilegia el otorgamiento de baldíos a grandes proyectos agropecuarios o forestales, lo que indica que de fondo existe un propósito de estabilizar la propiedad rural para que facilite la movilidad del mercado de tierras, en un escenario de profundización de un modelo de desarrollo agroindustrial y minero. El despojo sistemático que reconfiguró el mapa de los usos del suelo en áreas estratégicas del país será legitimado a través de la ley de víctimas que se propone, la cual ha sido diseñada en función de un modelo intensivo de desarrollo capitalista agrario en zonas específicas de violencia y recursos estratégicos. Razón por la cual en el modelo de reparación propuesto en la ley finalmente no se consolida ni propone un proyecto integral que asegure con plenas garantías el retorno de campesinos que no hacen parte de la agenda de los grandes inversionistas agrarios y cuyo proyecto de vida fuera brutalmente violentado con la consecuente destrucción de sus proyectos de vida individual y colectivo.*⁹²

⁹¹ Colombia. Ley 1448 “De las víctimas” Junio 25 del 2011. Art 72, capítulo II, Título IV.

⁹² Colombia. Senado de la República. Constancia de voto negativo al proyecto de ley 213 senado “Por el cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las Víctimas” bancada del POLO

Dicho lo anterior, la ley 1448, se propone como lo señala su objeto, ser una ley que intenta el compendio de medidas judiciales, administrativas, sociales, económicas, individuales y colectivas en beneficio de las víctimas del conflicto armado, dentro de un marco de justicia transicional; con lo cual se establecen dos de los ejes centrales de la ley, cuales son; (1) el reconocimiento de las víctimas del conflicto armado y (2) el marco de la Justicia transicional, elevada como política pública a la ley y posteriormente llevada a la Constitución Política, por medio de la reforma al Marco Jurídico para la Paz en el año 2012.⁹³

Esto planteado en el ámbito de la ley contenido en el artículo 2do de la ley 1448, que *“regula lo concerniente a ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación de las víctimas de que trata el artículo 3ro de la presente ley, ofreciendo herramientas para que estas reivindiquen su dignidad y asuman su plena ciudadanía”*⁹⁴

Con lo cual se introducen en el marco jurídico dos nociones de fondo que registramos a continuación como lo son el reconocimiento de las víctimas del conflicto armado⁹⁵ y el proceso de la llamada Justicia Transicional. En ambos casos se trata de incorporaciones al texto legal que no solo constituyen hechos de relevancia política significativa sino que además se establecen como bienes jurídicos relevantes que abren campos de discusión notables al interior de las políticas públicas al respecto y que implican renovar en buena medida, el campo doctrinal y legal del tratamiento del conflicto en nuestro medio.

La ley 1448 consigna entonces las dos nociones a la manera de definiciones legales contenidas en su texto oficial;

Artículo 3ro; *Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.*

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere

DEMOCRATICO ALTERNATIVO. Plenaria del Senado, sesiones formales de votación y aprobación de la ley de víctimas, junio del 2011.

⁹³ A la manera del concepto de Institución jurídica en John Rawls, se trata de un sistema público de reglas que define cargos, derechos y deberes en materia del acceso de las víctimas, (los ciudadanos, en este caso), al sistema de justicia con ocasión del daño ocasionado por los actores del conflicto.

⁹⁴ Ley 1448. Op.cit. Art. 2do, Título I, capítulo I

⁹⁵ El propio reconocimiento de la existencia de un conflicto armado también se considera una noción central, controvertida por sectores afines a la ley 975 y al ex – presidente Álvaro Uribe y que sirve de base para la negociación abierta con la guerrilla de las FARC, en el 2012.

desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.

De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.⁹⁶

De la misma manera en el artículo 8vo se establece el concepto eje del modelo de ley de Víctimas y que posteriormente discutiremos en más detalle a la par de lo dispuesto por el mismo texto legal en materia del carácter de estas medidas de justicia transicional contenido en el artículo 9no; Vale la pena señalar que para la ley 1448, la justicia transicional opera como un principio legal, con lo cual se circunscribe a las condiciones de ser un *mandato de optimización* que presupone su aplicabilidad al *máximo posible* de su realización en un momento determinado;

Artículo 8vo; Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3ro de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.⁹⁷

Es así como el texto de la ley 1448, de las víctimas, desarrolla su objeto sobre la base de estas dos premisas centrales; en tanto que configuran su perspectiva teleológica, definen su ámbito de aplicación y el sujeto activo de la anterior para luego establecer una serie de derechos, procedimientos, organismos administrativos y demás que constituyen su cuerpo y su estructura.

No siendo la descripción de la ley un propósito central de esta indagación y siendo esta susceptible de ser corroborada en su fuente directa, para efectos de nuestros propósitos nos remitiremos a reseñar un breve recuento de su estructura de la siguiente manera;

La ley 1448 se desarrolla a partir de definir su objeto, la definición de su ámbito de aplicación y marco de justicia transicional sobre la base de los siguientes principios; la dignidad, la buena fe, debido proceso, justicia transicional, enfoque diferencial, gradualidad, progresividad, derechos a la verdad, justicia y reparación integral, participación, publicidad, entre otros. Con lo cual se definen mecanismos

⁹⁶ Ley 1448. Op. Cit. Art. 3ro Título I, capítulo I

⁹⁷ Ley 1448. Op. Cit. Art. 8vo, Título I, capítulo I

de acceso a la atención humanitaria, definida en el título III como “ayuda humanitaria, atención y asistencia”⁹⁸. Luego en el mismo sentido se plantean los mecanismos de acceso a la justicia, atención judicial a los despojados de la tierra, con lo cual se establecen los procedimientos, competencias y registros sobre la materia, los cuales quedan incluidos en el título IV de la reparación de las Víctimas, el cual establece una clasificación de estas medidas que se disponen como medidas de “restitución, rehabilitación, satisfacción y no repetición”.⁹⁹ Esta clasificación supone un desarrollo legal en materia de definiciones de políticas públicas para el caso de la atención a las víctimas que bien vale la pena registrar como un aporte al debate por parte de la ley 1448.

De igual forma, la estructura de la ley 1448, señala la conformación de una nueva institucionalidad para tales efectos y dispone de la creación de la Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, sus órganos de dirección, sus operaciones administrativas, reglamentación, funciones y otros, entre ellos la creación de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, adscrita a la Presidencia de la República. La ley igualmente crea un régimen disciplinario para el caso de los servidores públicos y el desarrollo de sus funciones y competencias legales frente a las víctimas. De la misma manera que establece un régimen legal de participación de las víctimas frente a los planes, leyes y demás decisiones en materia de política pública que las afecten.

Sobre la estructura de la ley de Víctimas, se pronunció la Corte Constitucional en su Sentencia C – 250 del 2012, que definió la exequibilidad del artículo 3ro de la ley 1448;

La Ley 1448 de 2011 ésta está dividida en ocho (8) títulos que comprenden los siguientes tópicos: (i) disposiciones generales, que se refiere al objeto, ámbito, definición de víctima y principios (arts. 1 a 34); (ii) derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales (arts. 35 a 46); (lii) ayuda humanitaria, atención y asistencia, donde se incluye un capítulo especial sobre normas de atención a las víctimas del desplazamiento forzado (arts. 47 a 68); (iv) reparación de las víctimas, que incluye capítulos específicos sobre:

⁹⁸ Un hecho notorio de la ley 1448 son los mecanismos de atención y ayuda humanitaria con destino a los hechos del desplazamiento forzado, censo de víctimas, atención de emergencia, atención de transición y otros, que configuran una lógica asistencialista una vez producidos los hechos de la expulsión. Al respecto pregunta el Padre Javier Giraldo; “Por qué los gobiernos colombianos, en lugar de emitir leyes y decretos que miran supuestamente a la atención humanitaria a los desplazados y a solicitar enormes sumas de dinero a la comunidad internacional, para responder a esa emergencia, no dirigen más bien sus esfuerzos a evitar el desplazamiento, cuando en la inmensa mayoría de los casos se evidencia la responsabilidad de agentes directos e indirectos del Estado en los hechos que obligan a la población a desplazarse?” ver en Giraldo, Moreno, Javier S.J. Derechos Humanos y Cristianismo, Trasfondo de un conflicto. Segunda Edición. Bogotá D.C. Editorial El Búho. 2010. Pág. 215

⁹⁹ Ley 1448. Op. Cit Título IV, págs. 48 a 104.

medidas de restitución, restitución de tierras incluido el procedimiento de restitución, establecimiento de competencia para que jueces conozcan de los procesos de restitución, e institucionalidad a cargo de la restitución; establecimiento de la indemnización por vía administrativa; medidas de rehabilitación; medidas de satisfacción; garantías de no repetición y definición de la existencia de la reparación colectiva (arts. 69 a 152); (v) institucionalidad para la atención y la reparación a las víctimas, donde entre otros temas, se establece el registro único de víctimas (arts. 153 a 180); (vii) protección integral a los niños, niñas y adolescentes (arts. 181 a 191); (viii) [sic] participación de las víctimas (arts. 192 a 194); y (ix) [sic] disposiciones finales (arts. 195 a 208).

De la lectura de la Ley 1448 de 2011 se desprende que el concepto de reparación consagrado en esta norma comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Adicionalmente, la Ley desarrolla el marco legal de las mismas y encomienda al Gobierno Nacional su implementación mediante el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, e igualmente le atribuye facultades para la expedición de normas que protejan y garanticen los derechos y costumbres de los grupos étnicos, y hace constantes alusiones a la inclusión de las víctimas en el proceso de diseño y seguimiento de las medidas de reparación integral contenidas en dichos instrumentos.¹⁰⁰

Los indicadores del fenómeno de la victimización objeto de la intervención de la ley 1448

Las cifras contenidas en los primeros reportes de la ley de víctimas rápidamente corroboraron las dimensiones masivas del fenómeno social de victimización a intervenir bajo los instrumentos creados con el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Tan solo en el período comprendido entre mayo del 2012 y diciembre del 2013 y de conformidad con la normatividad expedida por la ley 1448, se radicaron ante el Registro Único de Víctimas ordenado por la ley 1448, más de 513 mil solicitudes de reconocimiento de la calidad de víctimas que cubren a más de 1.340.000 personas bajo la reglamentación expedida por el artículo 154 de la ley¹⁰¹. La Red Nacional de Información para la atención y reparación de las víctimas había atendido en este

¹⁰⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad, C – 250 DE 2012 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011 “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas”. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá D. C., veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012)

¹⁰¹ Informe del Gobierno Nacional a las Comisiones Primeras del Congreso de la República Avances en la Ejecución de la Ley 1448 de 2011. II Semestre de 2013. Marzo de 2014

período en más de 86 puntos de atención en 100 municipios del país a más de 5 millones de usuarios, personalmente o a través de líneas telefónicas.¹⁰²

A lo anterior se suma el reporte del Primer Informe 2012 de la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la ley 1448, conformada por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, que entre sus balances refirió en el primer año de la ley la recepción de más de 18.295 solicitudes de restitución de tierras al Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas, de las cuales al mes de agosto de 2012, se adelantó el estudio previo al 2.2% de las mismas.¹⁰³

Sin embargo, en esta materia, el informe de septiembre de 2014, de la Fundación *Forjando Futuros* y la Universidad de Antioquia, de seguimiento a los fallos de los Jueces de Tierras, a 3 años de la promulgación de la ley 1448 de 2011, registraba a corte de 1ro de septiembre de 2014, 500 sentencias publicadas en materia de restitución de Tierras por parte de la Jurisdicción de Restitución de tierras. Estas sentencias ordenaron según el informe el restablecimiento de derechos de las víctimas sobre 1095 predios, en 28.582 hectáreas de conformidad con 8310 órdenes jurisdiccionales, dirigidas a 55 entidades del Estado, en función de disponer de acciones de distinto tipo que habilitaron la restitución integral de los derechos conculcados¹⁰⁴. Según la investigación, la mayoría de estas órdenes judiciales adicionales carecían de destinatario claro, eran ambiguas y en general, no fueron objeto de seguimiento ni cumplimiento.

Lo cual permite ver las dificultades propias de la implementación de un proceso que puede registrar miles de procesos de solicitud de restitución de tierras usurpadas y un claro desfase con la capacidad institucional para tramitar y dar respuesta a semejante demanda.

Para el caso de la atención a población desplazada, la Unidad Nacional de Víctimas advierte sobre la proyectada cifra de más de 500 mil solicitudes de medidas de transición para el primer semestre del 2014.

La ejecución presupuestal destinada a la población desplazada, equivalente \$340.000.000.000, el monto destinado para el primer semestre asciende a\$170.000.000.000. Con estos recursos se atenderán las solicitudes que quedaron pendientes de pagar de la vigencia 2013 que corresponden a 346.362 (solicitudes de atención humanitaria de transición), por un valor de

¹⁰² Redacción, Informe especial. Entrevista a la Dra. Paula Gaviria. Directora de la Unidad Nacional de Atención y Reparación de las Víctimas. En SEMANA, 3 al 10 de junio de 2013. Pag.107

¹⁰³ Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la ley 1448 de los organismos de Control. Primer Informe de Seguimiento y monitoreo de los órganos de control a la ley de Víctimas y restitución de tierras. 2012. Imprenta Nacional de Colombia. 2012

¹⁰⁴ Fundación Forjando Futuros. Universidade Antioquia. Asi Fallan los jueces de Tierras, Informe General. Publicacion Forjando Futuros, edición 04. Septiembre 2014.

\$150.196.148.500. De acuerdo con la demanda del año 2013, se estiman recibir 500.000 solicitudes durante el primer semestre del 2014.¹⁰⁵

Esta cifra ha sido corroborada por el Informe 2014 al Congreso de la República de la Comisión la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la ley 1448, que ha certificado que han sido 515.952 las solicitudes de inscripción en el RUV, radicadas por las víctimas objeto de la ley 1448 con fecha de corte a agosto de 2014, de las cuales 422 mil resultaron incluidas y de las cuales han sido enviadas a su vez, para notificación de las víctimas 306.479, a 102 mil de ellas no se conoce el estado de la notificación, lo cual pone en riesgo de poder ejercer las medidas de reparación un una proporción superior al 20% del universo valorado.¹⁰⁶

En el caso del tipo penal de desaparición forzada que se corresponde con un crimen de lesa humanidad bajo la competencia de la Corte Penal Internacional las cifras son tan abismales como indefinidas. Los informes más actualizados registran un rango de casos que podría oscilar entre 18 mil casos hasta 32 mil casos de personas objeto de este tipo penal.¹⁰⁷ Lo cual nos remite a un universo de víctimas que podrían superar el rango de las 50 mil víctimas, en atención a los grupos familiares directos sobrevivientes de estas personas, sobre las cuales recae la carga antijurídica de este tipo de crimen, que se ejerce de forma permanente y sucesiva no solamente sobre el directamente afectado sino sobre sus sobrevivientes.

Sobre los ciclos de re victimización, reciclaje y ampliación del espectro de afectaciones y afectados en el caso de las desapariciones forzadas se refiere el informe general del Grupo de Memoria Histórica, *Basta Ya*;

La identidad política o la adscripción a algún proceso organizativo de los desaparecidos fue utilizada, en ocasiones, como una etiqueta que sirvió para desmentir o justificar el crimen. Detrás de ello circulaba la idea de que “por algo sería”. Esta situación trajo consigo el señalamiento y en muchas ocasiones, el aislamiento de las familias, padeciendo no solo el dolor por la ausencia de sus seres queridos, sino además el maltrato, el rechazo e incluso el repudio. De este modo, las familias se re victimizan; con la negación del

¹⁰⁵ Informe del Gobierno Nacional a las Comisiones Primeras del Congreso de la República. Ibíd. Pág. 79

¹⁰⁶ Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la ley 1448 de los organismos de Control. Primer Informe de Seguimiento y monitoreo de los órganos de control a la ley de Víctimas y restitución de tierras. 2014. Imprenta Nacional de Colombia. 2014 pág. 19

¹⁰⁷ Coordinación Colombia Europa, Estados Unidos, Observatorio de derechos Humanos y derecho Humanitario. Desapariciones Forzadas en Colombia, En búsqueda de Justicia. Documentos temáticos #6. Bogotá, mayo de 2012.

*crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada, con la subestimación de su dolor y con la minimización de su tragedia...*¹⁰⁸

Este universo de víctimas ampliado, igualmente sería objeto de las competencias legales de los programas de la ley 1448, por decir lo menos.

A estos registros citados arriba, de más de medio millón de personas registradas por la Unidad Nacional de atención y Reparación de Víctimas, en situación de desplazamiento forzado y otros tipos de victimización y en proceso de ser atendidos por los programas de reparación creados por la ley para el primer semestre de 2014, se suman los reportes del sistema de alertas tempranas¹⁰⁹ para el caso de riesgo inminente de desplazamiento forzado que reporta en el segundo semestre de 2013 el registro de 22 informes de advertencia de alcance intermedio, correspondientes a 12 informes de riesgo y 10 notas de seguimiento en los departamentos de Arauca, Caquetá, Guaviare, Huila, Nariño, Valle del Cauca, Atlántico, Bolívar, Boyacá, Casanare, Cauca, Córdoba, Cundinamarca, Meta, Boyacá, Casanare, Cauca, Córdoba, Cundinamarca, Meta, Putumayo y Quindío:¹¹⁰ A este panorama se suma la cifra radicada en la Unidad de Atención a Víctimas de 851 solicitudes de medidas de protección por riesgo extraordinario, de líderes y lideresas de las víctimas de las cuales se otorgaron medidas protectivas en 173 casos. Así mismo se han otorgado medidas de este tipo en “366 solicitudes provenientes de mujeres víctimas del conflicto armado y reclamantes de tierras, siendo ésta la segunda población con mayor número de solicitantes de sexo femenino durante el segundo semestre del 2013”¹¹¹

Tan solo para el caso del presupuesto asignado para la protección de líderes de los procesos de reclamantes de tierras y víctimas se han proyectado recursos por el orden de 41 mil millones de pesos para el 2014¹¹², con un incremento superior al 40% con respecto al presupuesto causado con el mismo fin en el 2013.

Para efectos del análisis en ciernes sobre el modelo de Justicia contenido en la ley 1448, estos indicadores del fenómeno social de la victimización nos dejan no solamente un registro de la dimensión masiva de los hechos que han sido objeto de la captura de las redes de información existentes sobre la población objeto de la ley, sino que además nos alertan sobre una hipótesis todavía más inquietante; aquella que nos señala que la emergencia de un volumen de víctimas y hechos

¹⁰⁸ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Op. Cit. Pág 295

¹⁰⁹ Comisión Intersectorial de Alertas Tempranas - CIAT

¹¹⁰ Se reportaron igualmente 2.683 solicitudes de protección de tierras y territorios presentadas por la población víctima o en riesgo de desplazamiento al Incoder conforme las disposiciones de la ley 1448. En este sentido, el Incoder procesó un total de 1.565 solicitudes de titulación de baldíos a población desplazada que había retornado voluntariamente a los predios de los cuales debieron desplazarse años atrás.

¹¹¹ Informe del Gobierno Nacional a las Comisiones Primeras del Congreso de la República. Op. Cit. Pág.101

¹¹² Ibíd. Pág. 102

victimizantes tan grande nos remiten a fenómenos y causalidades que no solamente no han cesado en su dinámica sino que estarían en plena evolución con una proyección clara a mantenerse en el futuro inmediato.

Al respecto, del Informe de agosto de 2014, de la Comisión de Seguimiento y Monitoreo al cumplimiento de la ley 1448 de 2011; se extrae la siguiente recomendación de su “*apartado III, La Dinámica para la Superación del Estado de cosas inconstitucional y el Goce efectivo de derechos dela Población Desplazada*”

*Es necesaria una valoración de la eficacia de los actuales esquemas de prevención y protección, porque persisten la expulsión y en particular la virulencia de los desplazamientos forzados en sus variantes masiva, intraurbana e individual, particularmente, en el Pacífico, así como vulneraciones asociadas, como el confinamiento.*¹¹³

Lo cual fue advertido un año antes por el Informe “*Crisis Humanitaria Afrocolombiana, Evaluación de la ley de Víctimas y Restitución de Tierras, 1448 de 2011*” emitido por la Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas, con fecha de corte abril de 2013, el cual señalaba lo siguiente, citando a la Asociación Nacional de Afrocolombianos desplazados (AFRODES);

El estado colombiano continúa sin éxito en el diseño e implementación de políticas públicas para la restitución y protección de los derechos de la población afrocolombiana...

...la impunidad de los crímenes y amenazas contra las comunidades, organizaciones y líderes de población afrocolombiana e indígena continua. No existe a la fecha un número significativo de condenas a los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Los líderes de las organizaciones afrocolombianas siguen siendo amenazados, desaparecidos y asesinados. Ellos y ellas siguen siendo atacados por ejercer su derecho a la libre expresión y la reclamación de sus derechos humanos y constitucionales. Estas amenazas ya son cotidianas y han producido el asesinato de destacados líderes y aún no existen investigaciones al respecto.

En otro aparte, señala lo siguiente el mismo informe;

Las víctimas de los nuevos grupos paramilitares (pos – desmovilización) ejércitos particulares al servicio del narcotráfico y las “bandas criminales” (la Defensoría del Pueblo ha señalado que varios de estos grupos son armados) no son reconocidas para su inclusión en el registro único de víctimas; por lo tanto, no se les repara los daños sufridos en los

¹¹³ Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la ley 1448 de los organismos de Control. Informe 2014. Op.cit.

enfrentamientos de estos grupos, sus acciones militares, las guerras libradas por el control del tráfico de armas, territorial y el micro tráfico. ¹¹⁴

Lo cual indica que la ley 1448 no está operando a partir de fenómenos que sucedieron solamente en el pasado, sino además sobre procesos de victimización que siguen sucediendo y que van a seguir sucediendo y que coexisten con las políticas públicas contenidas en la Ley. Es decir, la ley de víctimas no implica un escenario de superación de los hechos victimizantes y sus dinámicas que los explican y los generan sino un escenario de contemporización con estos, en tanto su implementación coexiste con fenómenos de victimización en desarrollo.

Esta última consideración si tiene hondas implicaciones sobre el modelo de justicia contenido en la ley 1448 y sus afines, en tanto el modelo de justicia convive con los procesos de victimización, y actúa a partir de sus resultantes y efectos y no a partir de su superación; la identificación de este modelo es el ejercicio que abordaremos a continuación.

Discusión sobre el modelo de Justicia contenido en la ley 1448;

En palabras del autor clásico Cesare Beccaria; *“las leyes son las condiciones mediante las cuales los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por incertidumbre de conservarla”*¹¹⁵ ¿La pregunta es si en el caso de la ley 1448 estamos ante este tipo de ley; una que nos permita unirnos para superar el estado de guerra y gozar de la libertad? En términos de John Rawls, este objetivo pasa por despejar el interrogante sobre si dicha ley es entre todas las cosas, una ley justa.

Para lo cual emerge la primera de las premisas teóricas del esquema de la teoría de la Justicia¹¹⁶ que exige lo siguiente en la formación de la ley; entendida esta como el proceso por el cual se trata de establecer la construcción de un acuerdo cuyos principios son aquellos que sujetos libres habrían de consolidar en una situación hipotética de igualdad, que permita expresar los términos fundamentales de la asociación como sociedad y como Estado. ¹¹⁷

Con lo cual nos permitimos abordar el primer escenario de discusión de la ley 1448, que nos remite a los *dos principios de justicia* de la matriz teórica en relación con la asignación de valores y principios; en particular con la asignación del valor

¹¹⁴ Mesa Nacional de Organizaciones Afrocolombianas. Crisis Humanitaria Afrocolombiana, Evaluación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras 1448 de 2011. Editorial CODICE. Bogota. Abril 2013. Pags 63 -64 y Págs, 76 y 77

¹¹⁵ Beccaria, Cesare: Op.cit. pág. 111.

¹¹⁶ Teoría de la Justicia en el autor John Rawls.

¹¹⁷ En términos del autor Rawls; el Principio de Imparcialidad que se conecta con la situación inicial

constitucional fundante de la dignidad humana; por supuesto partimos de la premisa que señala de forma consolidada que la dignidad humana resulta una característica natural del ciudadano y el fundamento de su personalidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones. En tanto lo anterior, se configura como un valor jurídico que antecede la distribución de los demás derechos y obligaciones contenidos en el pacto social.

La “dignidad humana” y los deberes naturales en la ley 1448;

Para efectos de nuestro ejercicio de contrastación abordaremos primero los referentes de la discusión en el texto legal de la ley 1448 y posteriormente los someteremos al examen de los postulados adoptados en la matriz teórica. En un ejercicio de análisis comparativo, inductivo – lógico, desplazándonos de la parte al todo, (de la ley 1448 a los referentes doctrinales).

El tratamiento de la dignidad humana como valor jurídico se encuentra en la ley 1448 en el título I, capítulo I de su texto legal, mencionada de forma prevalente en los artículos 1, 2 y 4to de la misma bajo un presupuesto argumentativo uniforme que señalan que el conjunto de las medidas a implementarse tienen como propósito la reivindicación de la dignidad humana de los sujetos objeto de la ley.

Veamos el planteamiento de la ley 1448 al respecto;

El artículo 1 de la ley 1448 señala al respecto; *“La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas...que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia, y la reparación con garantía de no repetición de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales”.*¹¹⁸

Esta visión de la dignidad como resultado consecuencial del reconocimiento de la condición de víctimas se vuelve a expresar en el artículo 2do, que plantea el ámbito de aplicación de la ley; *“la presente ley regula lo concerniente a ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación de las víctimas de que trata este artículo 3ro de la presente ley, ofreciendo herramientas para que estas reivindiquen su dignidad y asuman su plena ciudadanía...”*¹¹⁹ En este caso se ofrecen herramientas que posibilitan la reivindicación de la dignidad.

Finalmente el artículo 4to consagra para todos los efectos de la ley, el principio de la dignidad como fuente de validez y del deber positivo de la tutela efectiva de los derechos de las víctimas y a renglón seguido señala; *“El Estado se compromete a adelantar prioritariamente acciones encaminadas al fortalecimiento de la autonomía... para que las medidas de atención, asistencia y reparación, establecidas en la presente*

¹¹⁸ Ley 1448. Op. Cit. Art. 1ro Título I, capítulo I

¹¹⁹ Ley 1448. Op. Cit. Art. 2do Título I, capítulo I

ley contribuyan a mejorarlas como ciudadanos en ejercicio pleno de sus derechos y deberes” ¹²⁰

Es decir, de forma consecuencial con lo anterior, la autonomía y la plenitud del ejercicio de la ciudadanía se despliegan a partir de las acciones del Estado; lo cual avala la lógica por medio de la cual el Estado y sus acciones de reparación y asistencia se configuran como fuente de la autonomía y la ciudadanía plena y no al revés; la ciudadanía plena y la autonomía de las víctimas son las que dan origen a las acciones del Estado.

En apretada síntesis, la dignificación de las acciones, el principio de dignidad, la autonomía y la ciudadanía plena resultan activadas a partir del reconocimiento de la calidad de víctimas ordenada por la ley, de las herramientas que con este propósito ofrece la ley y de las acciones del Estado encaminadas al fortalecimiento de las anteriores. Bajo estos presupuestos normativos el Estado resulta más próximo a ser el fin y no el medio que deviene en fuente del valor constitucional de la dignidad humana. Lo cual tiene tanto implicaciones de fondo, como de forma en las prácticas y la aplicabilidad en el medio social de la herramienta legal y las políticas públicas en ella contenidas.

Sin ser materia de esta investigación, la caracterización del valor de la dignidad humana en presupuestos teóricos tales como el *Imperativo Categórico* en autores como Emmanuel Kant; hacen parte del desarrollo lógico de la Teoría de la Justicia que nos ocupa. En primera instancia, basta señalar que la formulación de la ley 1448 sobre la materia, contrasta de forma evidente con el planteamiento de los *deberes naturales* en el planteamiento del Profesor Rawls, reseñado en nuestro modelo teórico que advierte que los deberes naturales del individuo no guardan ninguna conexión necesaria con las instituciones o prácticas sociales, se dan entre las personas con independencia de sus relaciones institucionales y se constituyen en atributos de las personas que los Estados deben respetar.

Con ello lo que queremos advertir, es que tanto la dignificación de las acciones de las víctimas, como su autonomía y su plenitud como ciudadano o ciudadana, así como el mismo principio de la dignidad humana, contenido en la Constitución, serían bajo esta figura de análisis, atributos de la personalidad jurídica y ontológica del ser humano, que no guardan *“ninguna conexión necesaria con las instituciones o prácticas sociales”*.

Es decir, si bien, a fuerza de los hechos tenemos que admitir que es posible lesionar o afectar al portador de la condición de la dignidad humana en tanto la

¹²⁰ Ley 1448. Op. Cit. Art. 4to Título I, capítulo I

victimización o re victimización se ejerce sobre él, esta última no es posible otorgarla, fortalecerla, reivindicarla por el otro, retornársela al otro, tan solo respetarla y reconocerla, manifestada en el sujeto de derecho, que existe independientemente del Estado pero que se asocia en él para expresarse en un marco plural y de mutuo respeto con los otros. Es decir, la dignificación de las víctimas no se adquiere en el proceso de la ley, se expresa a través de él, bajo el supuesto que la víctima es en sí misma el fin de la ley y no el medio.

Esto guarda a su vez una íntima relación con el modelo de justicia¹²¹ en tanto el tratamiento del sujeto como fin y no como medio, remite a las condiciones propias de la llamada *situación inicial* en la cual los hombres se asocian *en libertad y bajo condiciones de igualdad*¹²² para construir el modelo de lo justo y las leyes como tal.

Para el caso de la ley de Víctimas o ley 1448, se presupone un individuo diezmado en su dignidad humana que no resulta fuente en sí mismo de la anterior y que requiere del otro, del Estado o de sus acciones para resarcirse en esta materia. Un individuo así concebido, no resulta compatible con el individuo de la situación inicial, libre y autónoma, que es fin y no medio, como parte del principio de imparcialidad que recrea la situación inicial.

Es más, este sujeto fundante de la situación inicial en la Teoría de la Justicia parte de un velo de ignorancia que lo hace imparcial y desprovisto de sus propios intereses con respecto a las decisiones sobre la configuración del contrato social en una disposición plena a la toma de posturas imparciales desde *la “racionalidad de la justicia”*. Se trata de un sujeto pleno que por sus propios medios es capaz de *“deliberar para proteger sus libertades, ampliar sus oportunidades y aumentar los medios para promover sus objetivos”* pero desde la *racionalidad vinculante del contrato*.¹²³ Lo cual lleva a la formulación de elecciones racionales en un sinnúmero de posibilidades bajo *condiciones de* incertidumbre bajo condiciones plenas en términos de su capacidad deliberante. La pregunta que nos hacemos es; ¿Si este es el individuo a que nos refiere la ley 1448, de cara a su relación con las medidas de asistencia y reparación por parte del Estado?

Sin duda se ha avanzado mucho en materia del reconocimiento de las víctimas como protagonista del drama de la violencia y sobre el papel que debe jugar en la

¹²¹ Recordemos en palabras del profesor Rawls; “Otra manera de expresar esto es decir que los principios de justicia reflejan en la estructura básica de la sociedad el deseo que tienen los hombres de no tratarse como medios sino únicamente como fines en sí mismos.”

¹²² Este supuesto es indispensable en el modelo de la situación inicial, no hay pacto social ni contrato con sujetos de derechos lesionados ó en minusvalía ética ó moral

¹²³ Ibíd. Rawls John. Teoría de la Justicia Págs. 140 - 142

discusión sobre la terminación del conflicto pero el interrogante persiste en torno hacia donde conduce este reconocimiento y la forma en que se instrumentalizan sus propósitos. Es decir, tal como lo propone el discurso legal asociado a la reivindicación asistencialista de las víctimas ¿Es la víctima la llamada como tal, a administrar justicia, a restaurar derechos y a reproducir el esquema fundante del contrato social; mediante la acción paliativa ó asistencial del Estado y en términos del discurso oficial, el perdón, la verdad y la reconciliación...? En términos del modelo teórico en Rawls, no; en términos de la Constitución del 91, tampoco, (lo sería en este último caso, el Juez Natural).

En tal sentido, es que afirmamos como hallazgo que la ley 1448 no expresa a este individuo que es libre y autónomo por sí mismo; no se logra configurar en su diseño ni formulación el presupuesto de la situación inicial ni recrear el modelo de justicia que entiende el respeto mutuo entre los individuos como presupuesto base del reconocimiento de su dignidad, inherente a su condición humana. En este caso esta última admite ser afectada o reivindicada por otros. En tal sentido al ser la ley el resultado de un tipo de individuos cuya asimetría en materia moral estaría en discusión, no se cumplen los presupuestos de la justicia en este tipo de esquemas, contenidos en la ley 1448.

Lo cual nos lleva a recordar el *2do principio de la Justicia*, expuesto en el modelo teórico de nuestra investigación y que señala a propósito; *“todos los valores sociales – libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases del respeto a sí mismo – habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos”*. (El subrayado es nuestro); el enunciado es categórico en señalar que *las bases del respeto a sí mismo*, (que entendemos comprende en su esencia la dignidad humana), será distribuido de forma igualitaria; debemos recordar que al reseñar este principio lo hacemos bajo el supuesto de que se trata de un principio fundante conformado en el contrato social originario; en el cual los sujetos del pacto coinciden en acordar que no habrá sujetos disminuidos o en inferior condición en materia de dignidad humana reconocida y atribuida como bien jurídico. Es decir, que a menos que resultase de provecho para la sociedad, no hay individuos en condiciones de inferioridad en materia de su respeto a sí mismo, ni leyes para sujetos que exhiban tal condición, so pena de ser un acuerdo injusto, una ley injusta (diseñada por quienes conciben de esta forma al sujeto, o por quienes así tienen el interés de concebirlo, que en tanto que el sujeto resultaría un medio y no un fin en sí mismo,).

Con lo cual nos conectamos de paso, con otra de las ideas propuestas por Rawls; no son las víctimas las llamadas a administrar justicia ni a restaurar la sociedad

plena, son las instituciones¹²⁴; las obligadas a enfrentar el fenómeno de la injusticia, la ley debe ocuparse de las instituciones que generaron las condiciones propias de la victimización.

La Situación Inicial y el Reconocimiento de las Víctimas del Conflicto armado interno

La ley 1448 abrió las compuertas de la discusión sobre la negociación política del conflicto armado al reconocer en su artículo 3ro la existencia del mismo y al otorgar la calidad de víctimas a través del reconocimiento jurídico a un universo potencial de más de 6 millones de personas afectadas por este.

Sobre este reconocimiento jurídico contenido en el texto legal se expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C- 250 del 2014;

*La Corte Constitucional ha acogido un concepto amplio de víctima o perjudicado, al definirla como la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó. El daño sufrido no necesariamente ha de tener carácter patrimonial, pero se requiere que sea real, concreto y específico, y a partir de esta constatación se origina la legitimidad para que participe en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia y ser titular de medidas de reparación. Igualmente que se ha entendido que no se ajusta a Constitución las regulaciones que restringen de manera excesiva la condición de víctima y que excluyan categorías de perjudicados sin fundamento en criterios constitucionalmente legítimos.*¹²⁵

Este reconocimiento a las víctimas en los términos de la ley 1448, implica la existencia del daño sufrido como consecuencia de graves infracciones al Derechos Internacional Humanitario o de graves violaciones al derecho internacional de los derechos humanos, con ocasión de hechos relativos al conflicto armado; en un sentido amplio la ley reconoce como víctimas una franja cobijada por estos hechos más allá del directamente afectado como sucede con su núcleo familiar, en el caso de muerte o desaparición forzada; sin embargo vale la pena resaltar que el diseño de la ley 1448 advierte a renglón seguido que solo admite el reconocimiento de la figura de la víctima como extremo *único y exclusivo* del nexo causal en la ocurrencia del hecho dañoso; en tanto, la ley solo reconoce de forma unilateral la existencia de la víctima sin albergar la necesidad de establecer el responsable de los hechos; el victimario.

Al respecto señala el artículo 3ro, inciso 4to; *La condición de víctima se adquiere con independencia de quien se individualice, aprenda, procese o condene al autor*

¹²⁴ Rawls, op.cit. Pág.s 103 a 110

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-250 del 2012. Op.cit.

*de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.*¹²⁶

Esta figura jurídica contenida en la ley 1448, que no reconoce al imputable de hechos materia de las competencias en sede del derecho penal ó disciplinario, se incorpora al examen que varios analistas han señalado de la siguiente forma para el caso de las políticas públicas que desarrollan los contenidos de la llamada Justicia transicional al respecto de las responsabilidades no reconocidas; en el texto *Diálogos de la Habana, múltiples miradas desde la Universidad*, se señala lo siguiente;

En el entendimiento de responsabilidades, siguen teniendo prelación ciertos actores armados sobre otros, o sobre el Estado mismo, lo que limita significativamente la comprensión integral del fenómeno y por ende, se tiende a subvalorar el papel que algunos actores legales como las Fuerzas Armadas han tenido en los procesos de victimización...

...una de las principales limitaciones que demostró la ley de Justicia y Paz como esfuerzo de justicia transicional emerge del hecho mismo de contemplar en las negociaciones a un único actor armado.... La convivencia entre sujetos de reparación que fueron victimizados de nuevo ó sujetos víctimas por causa de la reconfiguración en las dinámicas del conflicto armado, hacen pensar en la inminente necesidad de establecer acuerdos que logren vincular a todos los actores del conflicto, concretando esfuerzos mancomunados en pro de reconocer y garantizar un acceso real de las víctimas a la justicia, la verdad, y la reparación, acompañado de una voluntad y un compromiso expreso y multilateral de no repetir los hechos victimizantes.

*De acuerdo con lo anterior, se considera necesario y urgente romper con la dinámica que ha caracterizado los procesos transicionales recientes en Colombia; una justicia transicional sin transición.*¹²⁷

La Ley 1448 no implicó reconocer este contexto multilateral de victimarios y mantuvo y consolidó la tendencia a no reconocer ni a los victimarios ni a los actores armados, en lo que los autores en el texto precitado señalan como una dinámica de *justicia transicional sin transición*, que equivale a señalar que las políticas públicas se orientan a mantener intactas las variables y los actores que prefiguran los procesos de victimización que intentan intervenir.

¹²⁶ Ley 1448. Op.cit.

¹²⁷ Rosero Labbe, Claudia Mosquera, Bello Albarracín, Martha Nubia, Ortegón Jairo, Quishpe Rafael Camilo, Sepúlveda, Erika. Debates en torno a las Víctimas del conflicto Armado Interno dentro del actual proceso de negociación de finalización del Conflicto . Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz, Universidad Nacional de Colombia. Diálogos de La Habana, Miradas desde la Universidad. Primera Edición. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2013. Págs- 244 - 245

Las dimensiones del daño ocasionado en estos procesos han sido cuantificadas de la siguiente manera, según las investigaciones de investigadores como Garay 2012 y Bello 2012, citadas en el texto, *Diálogos de la Habana, miradas múltiples desde la universidad*;

En términos materiales, entendidos como lucro cesante y daño emergente, la población desplazada en los últimos años perdió cerca de ochenta billones de pesos, lo que equivale al 12% del PIB, lo que ha implicado una pauperización de sus condiciones materiales de vida; el 46% era pobre, antes del desplazamiento, hoy es el 98%. Antes el 34% estaba por debajo de la línea de pobreza, mientras que hoy es el 76% (Garay, debates CID 2012). Pero las víctimas del desplazamiento forzado y de otros procesos de victimización no solo han sufrido el despojo de sus bienes muebles e inmuebles, sino también la pérdida de sus familiares, la erosión de costumbres ancestrales, la desterritorialización y el resquebrajamiento ó pérdida irreparable de procesos cívicos, políticos y culturales. Lo anterior ha ocasionado desarraigos, desconfianza generalizada, pérdida de poder y de ciudadanía (Bello 2012).¹²⁸

Ahora bien, considerado el reconocimiento unilateral de *la víctima sin victimario*, (propio de la ley 1448) vale la pena revisar las características del daño antijurídico como figura conceptual que implica - conforme a la doctrina jurídica - ¹²⁹ una sanción, en tanto reacción del derecho frente a un acto humano ilícito que lesiona un bien ajeno y sobre el cual surge el reproche judicial que establece no solamente el bien lesionado, el daño causado y el titular del derecho a reparar sino además el nexo causal del daño con una conducta humana y un autor sobre el cual debe recaer en términos esquemáticos la sanción jurídica y la imputación de responsabilidades. La tutela jurídica no tiene por objeto el bien en sí mismo, sino la protección de las relaciones que el titular del mismo establece con el bien jurídico a fin de establecer la protección del derecho y la sanción sobre su afectación, con la cual el orden jurídico pretende garantizar su prevalencia.

Es decir, no solo se requiere establecer en el caso del daño antijurídico, un hecho dañoso, unas consecuencias y un titular del derecho de reparación, sino además una sanción y un responsable para configurar la cadena completa de la lógica jurídica; no hay daño en el sentido jurídico del término sin nexo causal con la conducta de su autor - responsable ni tampoco sin una víctima afectada; de lo contrario el daño se torna irrelevante para el derecho, en tanto no configura un nexo causal con una conducta humana reprochable o de lograrse establecer que si obedece a una determinada conducta humana con un autor igualmente determinado, esta identificación de responsabilidades resultaría en términos de la

¹²⁸ Ibid. pag 230.

¹²⁹ Véase, Adriano de Cupis. El Daño. Bosch, Casa Editorial. 1975. Barcelona, España. Págs. 107 -112

ley 1448, un misterio sobre el cual no cabría el propósito de establecer responsabilidades. Ni en el primer supuesto ni en el caso de la falta de voluntad para esclarecer el responsable se configura un hecho de interés para el ámbito de competencias en sede judicial. Con lo cual se consolida la particular ecuación lógico - argumentativa de la ley 1448 - *victimias sin victimarios y daño sin nexo causal con los responsables* - que escapa al daño concebido como concepto jurídico. Es decir, el daño reconocido corresponde más a una configuración política del legislador proclive a la impunidad que a presupuestos de orden jurídico.

Lo cual no es en modo alguno extraño al método de legislar, en tanto el proceso de formación de las leyes supone la transición de lo político que se hace jurídico por voluntad soberana del pueblo representado en sus legisladores. El derecho supone un alto grado de involucramiento con la opinión del común, no puede la teoría jurídica concebirse de otra forma.

Al respecto nos señala el autor Luigi Ferrajoli en su texto *Principia iuris*;

*El derecho es un universo simbólico, cuyos paradigmas, hechos no solo de principios institucionales sino también de valores políticos y de modelos culturales y deontológicos - el estado de derecho y el principio de legalidad, la separación de poderes y la vinculación del juez a la ley, la igualdad y los derechos fundamentales – han sido diseñados en gran parte por las teorías elaboradas por la filosofía jurídica y política y por su interacción con opiniones comunes.*¹³⁰

Lo que valdría la pena establecer aquí - cuando señalamos entonces que se trata de intereses políticos antes que presupuestos propios de la teoría jurídica los que se expresan en la concepción de la ley 1448 (con relación a la formulación de víctimas y daños sin responsables)- es; ¿A qué tipo de opinión, concepción o interés con origen en el todo social se está apelando? Al interés concreto de las víctimas y la sociedad afectada de múltiples formas por el conflicto armado o a aquellas visiones que parten del interés de los actores responsables por los hechos victimizantes que ahora se expresan en manera legal y que no están interesados en establecer la triada de responsabilidades y consecuencias propia de la lógica judicial.

Esta figura atípica en el caso de la teoría del Daño contenida en el reconocimiento de la calidad de victimas ordenada por la ley 1448, hacen imposible pensar en que la misma ley exprese un acuerdo entre las partes; es decir, la unilateralidad de la ley de víctimas, que solo se ocupa de aquellas medidas de reparación que

¹³⁰ Ferrajoli Luigi. Op.cit. Págs. 31 a 36

conciernen a las víctimas sin tener en cuenta su particular vínculo con el victimario mediante la sanción en derecho al daño ocasionado, niegan la posibilidad de que se exprese la convocatoria a las partes en conflicto que configuran el contrato social como tal.

Es decir la situación original, que supone un acuerdo fundante entre hombres libres que estructuran la administración del deber de justicia, no aparece en este caso. A lo sumo, la Ley 1448 resulta un acuerdo entre las víctimas y el Estado, que para todos los efectos, no funge ni como juez ni como árbitro, ni mucho menos como responsable. Se trata de una figura parcial de reparación de daños reconocidos en tanto el resultado de hecho victimizantes y que devienen en personas victimizadas pero no en tanto expresión de la entidad jurídica del daño, cuya triada la configuran tanto los afectados, como los determinadores del mismo, así como la sanción del acto jurídico que restablece derechos y preserva el orden jurídico.

Esta negación de cualquier relación con los imputables de responsabilidad se expresa en el párrafo 5to del artículo 3ro que de manera vertical niega cualquier implicación sobre la condición del victimario a partir del acto que reconoce a sus víctimas. Es decir este reconocimiento se hace sin establecer en ningún caso cualquier tipo de relación o implicación sobre la figura del responsable, quien permanece por fuera de la órbita de sus víctimas y de la ley; es decir, no hay negociación ni mediación alguna entre las partes, no hay posibilidad del contrato social y desaparece la idea de la situación original contenida en nuestro modelo teórico.

Al respecto señala en su tenor el párrafo 5to del artículo 3ro de la ley 1448;

*La definición de víctima contemplada en el presente artículo en ningún caso podrá interpretarse o presumir reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hechos victimizante la presente ley;*¹³¹

Recordemos que se supone de acuerdo con nuestro modelo de análisis que la ley debe recrear en su concepción la situación original que conforma el contrato social originario que a su vez, estableció los principios que han de regir las relaciones sociales y las instituciones; en el mejor de los casos podríamos señalar que la ley 1448 debería recrear el acto constituyente del 91, en tanto expresión superior del pacto social que nos rige.¹³² Lo cual no sucede en tanto la Constitución del 91 no

¹³¹ Ley 1448. Op.cit.

¹³² En gracia de la discusión para poder probar la consistencia del modelo asumimos la Constitución del 91 como la figura de la Situación original de la que habla el modelo del Profesor Rawls en su teoría de la Justicia.

es un contrato parcial que solo se ocupe de las víctimas y en tanto, la ley 1448, en si misma pareciera negar en su objeto la vigencia del ordenamiento constitucional, dado el estado de violencia y desinstitucionalización que se reconoce legalmente se produjera después del año 91 y que da origen a las millones de personas victimizadas de que se ocupa el objeto la ley 1448.¹³³ Es decir, ni hay una situación original vigente ni la ley 1448 la recrea ni la expresa.

¿Entonces a que nos vemos abocados? ¿A un nuevo pacto social, a una nueva reorganización de las instituciones jurídicas a partir de las víctimas y su proceso? Por lo pronto, digamos que en el mejor de los casos, la ley 1448 expresa una reconstrucción parcial del conflicto a partir del reconocimiento de las víctimas como sujeto de derechos en un escenario alternativo a la llamada por el profesor Rawls, - *situación inicial* - y bajo individuos que se apartan del actor deliberante del contrato.

Se trata de un esquema socio jurídico de otro orden que adquiere su dimensión plena bajo la figura de *la justicia transicional* y sus presupuestos normativos y políticos, que en sí, reconfiguran el escenario institucional. La pregunta sigue siendo; ¿bajo qué finalidad, en qué dirección, en qué nivel de concreción?

Justicia Transicional y el contrato social

Queda claro que la ley 1448 introduce de forma explícita en el ordenamiento jurídico los presupuestos jurídicos de la llamada justicia transicional que habían sido mencionados con anterioridad en la ley 975 del 2005 con relación a legislación cuyo objeto radicaba en la formulación de políticas públicas con destino a los victimarios. En esta ocasión, se desarrolla el concepto con el propósito de legislar en función de la situación de las víctimas y de forma conexa en perspectiva de la negociación del conflicto armado bajo la agenda de la terminación del mismo, adelantado con la guerrilla de las FARC. A este último escenario corresponde además el debate de aprobación del marco jurídico para la Paz, que elevó la Justicia Transicional a rango constitucional.

Sin embargo, es el artículo 8vo de la ley 1448 el que nos aboca en torno a la formulación del principio de la Justicia Transicional en términos de su incorporación a la ley; con lo cual se abre el debate en torno a la adopción de una serie de procesos judiciales y extrajudiciales diseñados de forma sistémica para producir resultados en materia de justiciabilidad y rendición de cuentas de los

¹³³ Esta es una afirmación que requiere de mayor desarrollo, aquella por medio de la cual, la ley 1448 es evidencia en la práctica de la fractura innegable del orden constitucional; otros la podrían catalogar como un intento de volver a él, a través del reconocimiento de las víctimas como sujeto de derechos.

responsables que vayan más allá de los términos propios de la justicia penal. La Justicia transicional se estructura entonces a partir de procesos tales como los juicios especiales, las comisiones de la verdad extrajudiciales, Programas masivos de reparación, reformas institucionales, y mecanismos de memoria, entre otros...

A la Justicia Transicional igualmente se la asignan precisas competencias en materia de reforma institucional con el fin de producir resultados en materia de *“desarticulación de estructuras armadas ilegales, lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y estable”* ¹³⁴ Con lo cual se le confieren en materia de crímenes que comprometen de manera notoria las competencias del Código Penal, una carga adicional ligada a las necesidades políticas de la negociación del Conflicto, que trasladan los expedientes de los hechos victimizantes a escenarios de discusión de la sociedad en su conjunto, o de sectores de la sociedad que tienen a su vez, reivindicaciones con características diversas al restablecimiento de los derechos de los afectados en materia judicial.

En este sentido se expresa el Informe de Ponencia para 2do debate al proyecto de ley número 193 de 2011, SENADO, 096 de 2011, CÁMARA “Por medio del cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005”;

Los países, que como Colombia, se enfrentan a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos tienen como consecuencia que el universo de víctimas a reparar sea amplio y que los hechos victimizantes sean de diversa índole. Los hechos victimizantes que en el contexto colombiano se han perpetrado en el conflicto armado interno, no suelen ser aquellos en los que es posible restituir a la víctima al estado anterior a la vulneración de sus derechos. La generalidad en estos casos es que no es posible, casi en ningún caso esta restitución de derechos, en sentido estricto; se trata de violaciones irreparables porque afectan la esencia misma de la condición humana. A lo anterior hay que sumarle que en el caso colombiano la situación del conflicto armado no ha cesado.

Así, independientemente de los mecanismos que se adopten en un momento determinado, la justicia de Transición en Colombia debe hacerle frente a las consecuencias del conflicto armado sino, que, al mismo tiempo, debe propender a desarticular las causas que potencializan la confrontación armada y promuevan la finalización de esta. ¹³⁵

Sobre estos mecanismos de justicia transicional se refiere el texto del Secretario General de Naciones Unidas del 2004;

¹³⁴ Ley 1448: Op.cit. artículo 8vo. Capítulo II. Título I

¹³⁵ Colombia. Senado de la República: Ponentes Juan Fernando Cristo Bustos, Armando Bennedetti. Informe de Ponencia para 2do debate al proyecto de ley número 193 de 2011, SENADO, 096 de 2011, CÁMARA “Por medio del cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005”; Gaceta del Congreso. #681.Bogotá; miércoles 10 de Octubre del 2012.

*Además, tal vez sea preciso incorporar otros mecanismos judiciales de transición, como los analizados en otras secciones del presente informe, a fin de superar las limitaciones inherentes de los procesos de justicia penal, es decir, hacer lo que los tribunales no pueden hacer o no hacen bien, en especial, ayudar a satisfacer la natural necesidad de los familiares de las víctimas de averiguar el paradero de sus seres queridos y aclarar la suerte que han corrido; asegurar que las víctimas y sus familiares sean resarcidos por el daño que han sufrido; atender a la necesidad de elaborar un documento histórico exhaustivo que explique lo sucedido durante el período del conflicto y los motivos; promover la reconciliación nacional y fomentar el surgimiento de fuerzas moderadas; y velar por que se elimine de los sectores de la justicia y la seguridad a los que puedan haber consentido tácitamente en las violaciones de los derechos humanos o que hubiesen instigado y coadyuvado a represión.*¹³⁶

Sobre la base del artículo 8vo de la ley 1448 que establece los fundamentos de una política pública basada en el concepto de justicia transicional en materia de resarcimiento de los derechos de las víctimas, se avanza en este sentido, con la promulgación de la reforma constitucional del año 2012 que introdujo el acto legislativo que formuló el Marco Jurídico para la Paz que formula al respecto lo siguiente;

Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Una Ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.

*Mediante una Ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extra-judicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extra-judicial para el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.*¹³⁷

Son varios los ejes de la discusión que surgen a partir de la formulación de la justicia transicional como política pública encaminada a la superación del conflicto, que sin embargo se pueden resumir en la dicotomía ya registrada en torno a lo

¹³⁶ Naciones Unidas. Secretaría General. Op.cit. #47

¹³⁷ Colombia. Constitución Política. Artículos 66 y 67 transitorios. Marco Jurídico para la Paz. Texto conciliado: Acto legislativo. 2012

que la propia Corte Constitucional en Colombia ha planteado en su jurisprudencia como la tensión entre los derechos de “*justicia y Paz*”.

Lo cual en términos prácticos se resuelve en la ley 1448 y el propio Marco Jurídico para la paz, en una apuesta que privilegia de forma esquemática las apremiantes necesidades de reparar el daño ocasionado a las víctimas sobre las demandas propias del proceso de esclarecimiento de responsabilidades en sede del derecho penal. Esta figura se presenta bajo el argumento que señala que los derechos de las víctimas a la Justicia pueden en un momento dado resolverse mediante una serie de escenarios de esclarecimiento y de rehabilitación de bienes conculcados que van más allá de las fórmulas de investigación y juicio del derecho ordinario. Las cuales, por varios motivos, tales como la racionalidad costo – beneficio amen de las tensiones que esto generaría en materia de negociación política con grupos armados y el definitivo desinterés que se profesa por este tema por parte de las políticas públicas, terminan señaladas en tanto que al disponer que los hechos victimizantes sean sometidos a consideración de la jurisdicción se condena a una carga demasiado onerosa que inviabiliza el proceso de resarcimiento de las víctimas y la búsqueda de la terminación del conflicto armado.

Con ello se consolida una fórmula que puede plantearse de forma sencilla y coherente con los objetivos de fondo del esquema de la justicia transicional, como la de – *reconocer víctimas sin reconocer responsables* - .

En términos de la Corte Constitucional esto se ha formulado a partir de la apelación a la técnica jurídica que somete los principios de la *Paz* y el bien jurídico *Justicia* al examen de proporcionalidad, el cual ha permitido proponer un el precedente judicial ya mencionado en el capítulo 3ro de esta monografía y contenido en la sentencia C- 370 del 2006 a favor de la apertura de procesos de negociación política sobre la base de aceptar que;

El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado

*conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional.*¹³⁸

En términos de la ley 1448, esta necesidad de alcanzar la Paz se establece a partir de la formula ya mencionada igualmente de las medidas de - restitución, rehabilitación, satisfacción y no repetición- en materia de atender las necesidades de las víctimas que requiere como correlato la aplicación de forma sustancial y de fondo de la Justicia Transicional; como el escenario socio jurídico pertinente que permite la consolidación de las políticas públicas señaladas al respecto. Es más, con el diseño de la ley 1448 se avanza un paso más allá en esta lógica, al señalarse en su artículo 9no lo siguiente; no solamente no se requiere de justicia en materia de la jurisdicción ordinaria, tampoco se requiere la responsabilidad objetiva del Estado a cualquier título; la cual se subsume con el reconocimiento de la condición de víctima a la cual basta con atender, asistir y reparar el daño;

Por lo tanto, las medidas de atención, asistencia y reparación, contenidas en la presente ley, así como todas aquellas que han sido ó que serán implementadas por el Estado con el objetivo de reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado, derivada del daño antijurídico imputable a este en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, como tampoco ningún otro tipo de responsabilidad para el Estado ó sus agentes.

El hecho que el Estado reconozca la calidad de Víctima en los términos de la presente ley, no podrá ser tenido en cuenta por ninguna autoridad judicial o disciplinaria como prueba de responsabilidad del Estado y sus agentes.

*En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable.*¹³⁹

Es decir, de forma explícita asistimos a un esquema de justicia que hace tránsito de los mecanismos propios de la justicia transicional hacia la negación de la responsabilidad del Estado en la comisión de los hechos victimizantes; que no se asumen ni por medio del acto que reconoce a sus víctimas ni por medio de la posibilidad de acudir a medios judiciales de investigación y sanción de responsabilidades, las cuales estarían reemplazadas por los mecanismos de la llamada justicia transicional.

Es más la ley 1448 avanza todavía más en esta dirección al consagrar la figura del Contrato de Transacción en su artículo 132 del título IV, de la Reparación de las

¹³⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-370 del 2006. Op.cit.

¹³⁹ Ley 1448. Op.cit. artículo 9no

Víctimas, Capítulo VII, de la Reparación por vía administrativa. En esta disposición legal se consagra el procedimiento de la reparación por vía administrativa del daño ocasionado para el caso de las víctimas del desplazamiento forzado, desaparición forzada u otros hechos victimizantes que causen muerte, mediante el reconocimiento de indemnizaciones administrativas a título individual, hasta por 40 smlmvs, a través de la figura jurídica del contrato de transacción; la cual proviene del derecho civil y se constituye en un mecanismo general para estos casos, por medio del cual las partes reconocidas por la ley 1448, por mutuo consentimiento terminan un litigio pendiente o evitan un litigio eventual por medio del abandono recíproco de los contratantes de sus pretensiones sobre derechos exclusivos. Esto se obtiene mediante la contraprestación que uno de ellos realice en favor del otro para que este le reconozca su desistimiento de sus derechos.

El artículo 132 del capítulo 7º del título 4º de la ley 1448 señala; *“La víctima podrá aceptar, de forma expresa y voluntaria, que la entrega y recepción administrativa se entiende realizada en el marco de un contrato de transacción en el cual la víctima acepta y manifiesta que el pago realizado incluye todas las sumas que este debe reconocerle por concepto de su victimización, con el objeto de precaver futuros procesos judiciales o terminar un litigio pendiente.”*

Y en el marco del mismo artículo 132 se señala que dicha reparación administrativa; *“no releva al victimario de su obligación de reparar a la víctima, según sea establecido en el marco de un proceso judicial de cualquier naturaleza”*. Lo cual sirve como aclaración pero que debe entenderse de la siguiente forma; la ley 1448 no exculpa al victimario de su obligación de reparar el daño causado, pero esta responsabilidad deberá entenderse como surgida por fuera del modelo de justicia de la ley 1448, que solo reconoce a las víctimas. Ahora en el caso de la responsabilidad estatal, la ley 1448 ofrece una negociación de tipo transaccional, para resolver la responsabilidad administrativa de forma excepcional, por fuera o con el propósito de evitar las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa y su similar en materia penal y disciplinaria, concebidas para administrar justicia en materia de las acciones u omisiones de carácter estatal que se desprendan de las responsabilidades de sus funcionarios. Debe anotarse además, las especiales connotaciones que además implica para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el conocimiento de materias en las cuales se hayan vulnerado garantías fundamentales del individuo y violaciones a los derechos humanos con ocasión del bloque de constitucionalidad.

El texto del autor y magistrado Enrique Gil Botero, *“Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, cita (a propósito de la relevancia y las implicaciones que para la jurisdicción de lo contencioso suponen estas materias) al Consejo de Estado, en su sentencia del 20 de febrero de 2008, en el expediente 16.996;

En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras que tradicionalmente habían sido fijados por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional, tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de la cual es titular el ser humano.¹⁴⁰

Sin embargo, en el esquema transaccional en mención, estas especiales connotaciones señaladas para el caso de graves violaciones a los derechos humanos, que resultan materia de especial connotación para el juez administrativo, terminan relevados por facultades gubernativas en sede del Ejecutivo y con ocasión de la negociación propuesta a las víctimas por parte de las disposiciones de la ley 1448. La cual, en aras de la eficacia de las medidas de reparación consignadas, evacúa en esquemas negociales diseñados para asuntos civiles, temas de honda trascendencia para la responsabilidad estatal.

En atención a lo anterior, señalemos que bajo estos parámetros contenidos en la ley 1448, se hace necesario explorar los términos en que La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado la figura del Contrato de transacción como modo indirecto de la extinción de las obligaciones a partir de la existencia de tres componentes; (1) la existencia de un derecho dudoso (2) la voluntad e intención de las partes de mudar de una relación jurídica incierta a una de carácter cierta y en firme (3) la voluntad de eliminar la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.¹⁴¹

Esta figura jurídica del Contrato de Transacción desarrolla la noción de inimputabilidad del Estado proveniente del artículo 9no de la ley 1448, al proveer una salida de tipo contractual en la cual, para aquellos casos en que resulte imposible evadir la responsabilidad del Estado, se renuncie por parte de las víctimas de forma explícita al derecho de acceso a la justicia ordinaria por medio de este tipo de “transacciones”. En las cuales el Estado accede a reparar por vía administrativa los daños ocasionados siempre y cuando las víctimas renuncien a sus pretensiones en materia judicial. Se establece en este caso una relación, víctima – victimario, sobre la base de transar de forma económica los derechos en

¹⁴⁰ Botero, Gil Enrique. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Editorial Temis: 2011. Quinta Edición revisada. Bogota. Pags 139 -140

¹⁴¹ Véase al respecto, jurisprudencia Colombia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Sentencia del 6 de mayo de 1966, sobre el Contrato de Transacción.

juego, que se reputan inciertos y precarios, en una relación en la cual se desestima la posición dominante del - Estado responsable - respecto de las víctimas, porque se supone que ambos en un contexto de victimización sin embargo llegan a acuerdos en la materia sobre la base del mutuo consentimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos hace referencia a estos mecanismos en su fallo de fondo del 20 de noviembre de 2013, en el caso “*De las comunidades afro descendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia*” en el cual la Corte encontró responsable al Estado colombiano por las causas de desplazamiento forzado, violación a la integridad personal, no ofrecer garantías de un retorno seguro y otros violatorios de la Carta Interamericana de Derechos Humanos, en cabeza de centenares de integrantes de las comunidades afro descendientes que habitaban los márgenes del Río Cacarica, en el área general del Río Saliqui y Río Truandó en el departamento del Chocó, quienes fueran víctimas de la denominada “*Operación Génesis*” llevada a cabo entre el 24 y el 27 de febrero, por efectivos de las Fuerzas militares de forma conjunta con grupos paramilitares. En este caso, en que se establece la responsabilidad estatal de los cargos, la Corte Interamericana reconoció bajo el título de *Indemnizaciones compensatorias* las medidas de reparación, indemnización administrativa, satisfacción y otros, que se implementaron bajo las disposiciones de la ley 1448, como parte válida del proceso judicial;

En relación con las medidas de reparación, la Corte resalta que el Derecho Internacional contempla la titularidad individual del derecho a la reparación. Sin perjuicio de ello, el Tribunal indica que, en escenarios de justicia transicional en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación. En esos contextos, esas medidas de reparación deben entenderse en conjunto con otras medidas de verdad y justicia, siempre y cuando se cumplan con una serie de requisitos relacionados, entre otros, con su legitimidad –en especial, a partir de la consulta y participación de las víctimas-; su adopción de buena fe; el nivel de inclusión social que permiten; la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas pecuniarias, el tipo de razones que se esgrimen para hacer reparaciones por grupo familiar y no en forma individual, el tipo de criterios de distribución entre miembros de una familia (órdenes sucesorales o porcentajes), parámetros para una justa distribución que tenga en cuenta la posición de las mujeres entre los miembros de la familia u otros aspectos diferenciales tales como si existe propiedad colectiva de la tierra o de otros medios de producción⁷⁴⁸.

472. En el presente caso, la Corte reconoce y valora los avances llevados a cabo por el Estado en materia de reparación de víctimas del conflicto armado, los cuales se han venido desarrollando, con más ahínco, a partir de la promulgación de la Ley de Víctimas.¹⁴²

Lo cual no significó que este tipo de reconocimiento de validez de lo que la Corte Interamericana consideró como medidas de corte *indemnizatorio compensatorio*, implicarán que en el mismo pronunciamiento no se ordenará de forma estricta el sometimiento de los responsables a procesos de investigación, juicio y sanción de responsabilidades en la materia y de conformidad con la jurisdicción ordinaria, de forma tal que se salvaguardara el tratamiento judicial del tema sin perjuicio de las medidas avaladas por la llamada justicia transicional. A este respecto se pronuncia la Corte Interamericana al ordenar en la sentencia de fondo en el caso de *“De las comunidades afro descendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia”* al emitir las siguientes consideraciones que posteriormente fueran consignadas como ordenes unánimes en la parte resolutive del fallo en contra del Estado colombiano;

B.2. Consideraciones de la Corte

439. En la presente Sentencia, la Corte declaró, tal como lo había reconocido parcialmente el Estado durante el trámite del presente caso (supra párr. 17), la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial por haber incumplido con su deber de investigar y en su caso juzgar y sancionar, en un tiempo razonable, a todos los responsables de los hechos del presente caso (supra párrs. 397 y 398).

440. En razón de lo anterior, como se ha ordenado en otros casos⁶⁹², el Estado deberá utilizar los medios que sean necesarios para continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas, así como abrir las que sean necesarias, con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a todos los responsables de los hechos del presente caso y remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que puedan mantener la impunidad.¹⁴³

Desde la perspectiva de las víctimas y sobre este tipo de procedimientos indemnizatorios para graves crímenes se expresa en declaraciones publicadas en

¹⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. integrada por los siguientes Jueces: Diego García-Sayán, Presidente; Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente; Alberto Pérez Pérez, Juez; Eduardo Vio Grossi, Juez; Roberto F. Caldas, Juez, y Eduardo Ferrer McGregor Poisot, Juez. Sentencia en el caso *“De las comunidades afro descendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia”* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 20 de noviembre de 2013.

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ibid.

el periódico EL Espectador, edición dominical del 12 de octubre del 2014, Carmen Tulia Ortega, víctima de grupos paramilitares, en el departamento de Caldas, cuyos dos hijos, fueron torturados, asesinados y desaparecidos el jueves 22 de agosto del 2001, en el municipio de La Dorada, Caldas, por orden del jefe paramilitar Arnulfo Triana Mahecha, alias “*Botalón*”; quien hoy se encuentra a disposición de la jurisdicción de Justicia y Paz; sobre la reparación administrativa que le fuera otorgada se refiere Carmen Tulia Ortega;

*“El presidente es muy alcahueta. Mientras le dan casa, carro y beca a esos matones por contar lo que hicieron, a mis hijos les pusieron precio. Ni mi dolor, ni el de mis nietos, ni la dignidad humana, valen lo que me dieron... eso es una injusticia, que el Gobierno le ponga precio a los hijos de uno. Es insultarlos. Yo ya no puedo decir que devuelvo esa plata porque ya la acepté. Y es que a uno lo llaman y lo presionan para que haga las vueltas rápidas...”*¹⁴⁴

Con este tipo de esquemas de reparación se negocia en sede gubernativa a partir de figuras diseñadas para el derecho civil materias como la comisión de crímenes de Estado, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que son de estricta competencia del derecho penal, del derecho disciplinario, de lo contencioso administrativo no solamente de la jurisdicción ordinaria nacional sino de la jurisdicción internacional. Con lo cual se compromete obligaciones convencionales con cargo al Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar dichos crímenes¹⁴⁵, lo cual está contemplado en la jurisprudencia y los acuerdos convencionales sobre el tema a propósito de los tribunales internacionales creados por Naciones Unidas con el ánimo de impedir la impunidad para crímenes objeto de la jurisdicción universal;

Desde luego, los sistemas de justicia nacionales deben ser el primer recurso en materia de rendición de cuentas. Sin embargo, cuando las autoridades nacionales no cumplen sus obligaciones internacionales y se muestran renuentes o incapaces a la hora de enjuiciar internamente a los infractores, el papel de la comunidad internacional cobra una importancia crucial, como queda de manifiesto en el establecimiento y el funcionamiento de los tribunales penales internacionales e híbridos creados durante el decenio anterior. Estos tribunales representan logros históricos en la determinación de la responsabilidad por infracciones graves de los derechos humanos y el

¹⁴⁴ Rincon Ortega, Maria Camila. La Heroína que resistió 14 crímenes. En; EL Espectador, Bogotá, Domingo 12 de Octubre del 2014. Págs 16 -17

¹⁴⁵ Al respecto véase; EL MOVIMIENTO NACIONAL DE VÍCTIMAS DE CRÍMENES DE ESTADO, organizaciones de Derechos Humanos y Organizaciones Sociales. Demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 975 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley”. En el acápite sobre el deber del Estado de investigar las graves violaciones a los derechos humanos.

*derecho internacional humanitario cometidas por autoridades civiles y militares y reflejan la creciente tendencia de la comunidad internacional de pasar de la tolerancia de la impunidad y la amnistía a un imperio de la ley en el plano internacional. Pese a sus limitaciones e imperfecciones, los tribunales penales internacionales e híbridos han modificado el carácter de la justicia internacional y realzado la naturaleza mundial del imperio de la ley.*¹⁴⁶

La Corte Constitucional en nuestro medio a su vez ha señalado al respecto; en su sentencia C- 578 del 2002 que revisa la exequibilidad de la ley 742 de junio de 2002 , que aprueba el Estatuto de la Corte Penal internacional;

*Las conductas punibles de competencia de la corte penal internacional comprenden las violaciones a los parámetros fundamentales de respeto por el ser humano que no pueden ser desconocidos, ni aún en situaciones de conflicto armado internacional o interno, los cuales han sido gradualmente identificados y definidos por la comunidad internacional a lo largo de varios siglos con el fin de superar la barbarie*¹⁴⁷

Más allá de la viabilidad jurídica en materia del examen de excepción de constitucionalidad que pudiera realizarse de la figura del Contrato de transacción (para el caso de graves crímenes de carácter internacional) contenido en la ley 1448 como de lo dispuesto en el artículo 9no de la misma, para efectos de nuestro análisis, lo que nos interesa destacar, es que ambas disposiciones de la ley nos confirman el esquema particular del modelo de justicia que nos ocupa, que implica una particular asignación de derechos que emerge del tránsito de la justicia ordinaria a un nuevo modelo de justicia. Lo cual significa para el caso del expediente masivo de hechos victimizantes la renuncia por medio de la transacción en acuerdos interpartes a los procesos estructurales del procedimiento judicial, tanto en materia formal como sustancial, con lo cual se negocia y se renuncia a la triada judicial del derecho procesal que establece las premisas fundantes a ser juzgado mediante una audiencia pública, ante un juez natural e imparcial y en materia penal, mediante una ley pre existente (y cuya carga de investigar y probar reside en el Estado). En términos del teórico clásico Cesare Beccaria, “*no hay delito ni pena sin ley*”¹⁴⁸

Por supuesto que en este caso, si hay ley pre existente, la Constitución del 91 y su bloque de constitucionalidad, así como la ley 599 del 2000. Lo que implica lo anterior es que asistimos en particular, a una especial asignación de derechos

¹⁴⁶ Naciones Unidas. Secretaría General. Op.cit. #40

¹⁴⁷ Colombia. Corte Constitucional. Magistrado ponente Manuel José Cepeda. Sentencia C- 578 del 2002 que revisa la exequibilidad de la ley 742 de junio de 2002 que aprueba el Estatuto de la Corte Penal internacional. 30 de julio de 2002

¹⁴⁸ Al consolidarse la renuncia al tratamiento judicial de los hechos mediante la ley, se renuncia de forma consecucional, a la existencia del delito como tal, solo quedan las víctimas de hechos indeterminados, sin investigación, sin juicio y sin sanción.

para las víctimas en que su derecho de acción y acceso a la justicia se encuentra limitado por la prioridad que se establece en función de la labor asistencial y reparadora del objeto de la ley 1448.¹⁴⁹ Limitaciones que a su vez, no son objeto de compensación especial, salvo la indemnización por vía administrativa, que resulta a todas luces insuficiente.

Para efectos de nuestro particular enfoque de análisis, asistimos entonces a dos discusiones; en primer término, la discusión precitada del profesor Rawls en torno a los principios de asignación de libertades básicas, principio de la diferencia y aquel de compensación, en segundo término, persiste la pregunta por el acuerdo o situación inicial y los alcances que este representa en términos de la ley 1448.

En el primer caso, recordamos que tanto los principios de diferencia y de compensación se refieren a la asignación de libertades básicas en condiciones desiguales. Lo cual asimilamos para el caso de la Ley 1448, que refiere a una asignación de cargas y deberes asimétricas para las víctimas objeto de la anterior, quienes resultan con menos niveles de acceso a la justicia que los ciudadanos en condiciones ordinarias y con mayor carga de responsabilidad que los demás ciudadanos en condiciones ordinarias en materia de su aporte subjetivo a la consecución de la paz negociada.

Para el caso específico del planteamiento del Profesor Rawls, este acepta los desniveles en materia de cargas y derechos, aunque tratándose de libertades básicas, no sin advertir que estas son las que confieren el carácter propio de la ciudadanía (y en este sentido los desbalances en esta materia son particularmente sensibles, porque nos apartan del sujeto deliberante de la situación inicial y lo que el planteamiento denomina como que la distribución natural de atribuciones que no es ni justa ni injusto; resultan para Rawls, meramente hechos naturales) . Lo cual ya de por sí representa un desfase con el caso de la ley 1448, que no expresa un hecho natural, ya que el proceso de victimización resultante del conflicto armado es un proceso social deliberado y dañoso, que sucede posterior al pacto constituyente del 91.

Pero aun así, se trata de una carga asimétrica en materia de libertades básicas, como la integridad personal, el debido proceso y el derecho a la tutela judicial de los derechos fundamentales para el caso de las víctimas. El planteamiento de nuestra matriz teórica señala que lo definitivo no son las asimetrías y desigualdades; lo que resulta definitivo es la forma en que las instituciones reaccionan frente a las mismas. En ello intervienen los principios de justicia, tanto

¹⁴⁹ Bajo la figura del Contrato de Transacción y lo dispuesto en el artículo 9no se establece una clara responsabilidad Estatal por vía de la negación de su carácter de imputable de cara a sus víctimas que repara pero que finalmente no reconoce como resultado de su conducta o de sus actos.

el de *la diferencia* que señala que el orden social no ha de establecer y asegurar a los mejores situados a menos que con ello se beneficie a los menos afortunados y el de *compensación*, que a su vez señala que ante desigualdades inmerecidas, se requiere de una compensación.

En el acceso desigual de las víctimas al derecho de acción que se ha calificado como un sistema de justicia “imperfecta” se favorece a unos sobre otros; en primera instancia estarían los ciudadanos colombianos en condiciones ordinarias quienes cuentan con la tutela regular del derecho penal en tanto el principio de legalidad, el *jus puniendi* y otros, lo cual contrasta con el caso de las víctimas para las cuales en atención a la magnitud de su drama se les confiere un tratamiento alternativo en sede de la justicia transicional; con lo cual se configura un escenario que encuentra mejor situados a los ciudadanos en condiciones ordinarias que resultan asegurados por el derecho de acción del que no disponen las víctimas.¹⁵⁰ Estas condiciones de desigualdad entre los ciudadanos en perjuicio de aquellos objeto de la ley 1448, en su artículo 3ro; no encuentran mayor justificación que redunde en beneficio de los menos aventajados, salvo las necesidades de la negociación política, que resultan siendo el respaldo argumentativo con que cuenta el proceso de la justicia transicional.

Sobre esta distribución desigual de las cargas que soportan las víctimas en contextos de impunidad y ausencia de respuestas colectivas, sociales e institucionales se expresa el informe *Basta Ya*, del Grupo de Memoria Histórica;

La larga duración de este conflicto armado, ha generado una suerte de acostumbramiento social que favorece las explicaciones fáciles y estereotipadas que miles de colombianos y colombianas hacen sobre lo acontecido y que circulan por los medios de comunicación. La indolencia recae sobre las víctimas en forma de una nueva agresión y agudiza su desamparo. De ahí el reclamo de muchas de ellas para que sean vistas, asumidas, defendidas y atendidas como ciudadanas. Las víctimas tienen claro que su experiencia hizo frágil la democracia y que la impunidad frente a los crímenes cometidos se cierne como una amenaza contra la integridad de cualquier persona ó grupo, disminuyendo las posibilidades de consolidar garantías de no repetición, de los hechos de violencia.

Es esta vulnerabilidad de la sociedad colombiana, entre otras razones, lo que invita a tratar las causas de las víctimas, a hacerla suya y a tener la capacidad de defender para ellas lo que la ciudadanía reclama para sí.¹⁵¹ (el subrayado es nuestro)

¹⁵⁰ Este desnivel entre víctimas y ciudadanos en condiciones ordinarias es particularmente notorio en materia del derecho de acción contra el Estado frente al cual la ley 1448 es perentoria en desestimar el reproche judicial.

¹⁵¹ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Op. Cit, pág. 327

De la misma manera, no queda explicitado que es lo que aquellos que resultan beneficiados por este grado de ventajas asignadas otorguen a las víctimas en compensación por su sacrificio. Salvo que aceptemos que la impunidad resulte ventajosa para la sociedad o para las víctimas. En el caso del Contrato de Transacción que se ofrece en la ley 1448, se dispone que a cambio de la impunidad los montos de la reparación administrativa que terminan siendo prestaciones económicas a favor de las víctimas del Estado resulten un beneficio para los menos afortunados en materia de libertades básicas y el derecho de acción. En materia de la universalidad de la jurisdicción internacional que también resulta lesionada por los crímenes de lesa humanidad o de competencia para la Corte Penal Internacional, esta contraprestación económica no resulta relevante para el sujeto pasivo “universal”¹⁵². Para el caso de las víctimas en Colombia y su derecho a las garantías de no repetición, igualmente la reparación por vía administrativa resulta una plataforma precaria que no alcanza los estándares mínimos exigibles para establecer y consolidar un nuevo escenario donde los factores de agresión que ocasionaron los hechos victimizantes resulten significativamente desestimulados.

La variable de aceptar las contraprestaciones económicas ofrecidas por la ley 1448 también se enfrenta a la disyuntiva de la pérdida de *respeto propio* señalado por el modelo de la teoría de la Justicia, que plantea el debilitamiento del sentido de valor para aquellos que estando entre los menos favorecidos se vean forzados por la fuerza de los hechos a aceptar lo que el teórico John Rawls señala como “*menores perspectivas de vida en favor de los demás*”. Esto al verse conminadas a aceptar que su caso como tal no sería sometido a una investigación penal ni los responsables llevados ante su juez natural ni juzgados conforme a las leyes pre –e existentes. Con lo cual se puede lograr el efecto contrario a la predica de la ley que busca dignificar la condición de las víctimas pero concebida desde la impunidad .

Se insiste mucho, por parte del planteamiento de la Justicia transicional que en tanto se trata de un conjunto de medidas en varias lógicas, esta debe verse desde una perspectiva integral que a su vez, implica avanzar en términos de un impacto general positivo sobre las condiciones generales del conflicto y sus dinámicas de victimización. Si bien, en gracia de la discusión podemos aceptar este planteamiento, igualmente debemos consignar que la distribución desigual y asimétrica de cargas, derechos y facultades no resulta ni adecuadamente justificada ni equitativamente compensada, en perjuicio de los menos favorecidos.

¹⁵² Recordemos que los crímenes de lesa humanidad no solo son reprochables en tanto afectan al directamente implicado sino que resultan un agravio a la conciencia de la humanidad que se expresa a través de la jurisdicción internacional materializada en los instrumentos convencionales como El Pacto de Roma y otros.

Salvo lo que ello pueda representar en el marco de la negociación del conflicto, a partir de un estado general de renuncia a la persecución penal a los crímenes cometidos, con especial énfasis por parte de aquellos imputables al Estado.

Este estado general de renuncia a la jurisdicción ordinaria no solamente está diseñado en materia de impunidad para los victimarios sino que además, en términos de la ley 1448, esta resulta invocada por el Estado mismo. Durante la discusión de la ley 975 del 2005, de Justicia y Paz, se presentó el argumento por medio del cual era necesario prescindir de las penas contenidas en el Código Penal y el procedimiento Penal igualmente dispuesto por la ley, en aras de lograr el objetivo superior de la desmovilización de grupos paramilitares mediante el tratamiento punitivo alternativo. Luego de vivir la experiencia de la ley 975 y la desmovilización de los líderes paramilitares en la negociación de Santa Fe del Ralito, (cuyo balance final está por establecerse) aparece el momento actual de la concepción de la ley 1148, que con el argumento de la atención y el reconocimiento de las víctimas, señala que además de la pena, se hace necesario prescindir del conjunto del procedimiento y la jurisdicción como método de resolución de conflictos en aras de la habilitación de los escenarios de la Justicia Transicional y las formas en que esta se desarrolla.

Sobre este modelo de justicia transicional, contenido en la ley 1448 y que posteriormente alcanza desarrollos adicionales en la aprobación de la reforma constitucional tramitada en el año 2012 y conocida como el “*Marco jurídico para la paz*” se consigna la siguiente caracterización en el Informe General, BASTA YA, precitado y emitido por el Grupo de Memoria Histórica;

*Según el marco para la paz, los criterios de priorización y selección son inherentes a la justicia transicional, con lo cual se evidencia una de las ideas orientadoras de esta reforma; que no todos los desmovilizados que puedan ser eventualmente responsables de graves violaciones a los derechos humanos pasen por el sistema judicial. Por esta razón es un modelo menos orientado a la judicialización y en su lugar intenta apostarle a mecanismos extrajudiciales como el caso de la Comisión de la Verdad. Pero también es un modelo menos punitivo, pues contempla la posibilidad de conceder generosos beneficios penales a quienes si sean judicialmente condenados.*¹⁵³

A propósito consignamos del *Reporte del Ejercicio de Participación Social para la formulación de nuevos mecanismos de Justicia Transicional en Colombia*, publicado por el Ministerio de Justicia en el año 2014, las opiniones de líderes de organizaciones de víctimas participantes en talleres realizados con ocasión de la implementación de la ley 1448 por parte del Gobierno Nacional y que fueron

¹⁵³ Centro Nacional de Memoria Histórica. Grupo de Memoria Histórica. Op. Cit, pág. 256

recopilados en el informe con una perspectiva distinta a la consignada en materia de justicia transicional, tanto en la ley 1448 como en el llamado Marco Jurídico para la Paz;

Las personas que fueron víctimas en el marco del conflicto y que participaron en los conversatorios consideraron que la cárcel es un imperativo. Esto con fundamento en diferentes razones. En primer lugar, en la necesidad de prevenir la repetición de las conductas o a través del castigo. Una mujer víctima, cuyo hermano había sido desaparecido, decía en Valledupar que “es muy importante para las víctimas y para todo el país que si se dé la pena privativa de la libertad, porque si no hay castigo lo van a volver a hacer”.

En Pasto, los representantes de las víctimas indicaron que la justicia debe ser justicia, y no justicia negociada y manifestaban que aún con la crisis carcelaria nacional, esta es la respuesta adecuada, por la cual es necesario abrir más cárceles para que estas personas no se queden sin castigo.... En Barrancabermeja, los representantes de víctimas dijeron que para ellos “es muy peligroso decir que para tener verdad tenemos que ceder en impunidad. Los procesos de paz no pueden sacrificar la verdad por la impunidad”¹⁵⁴

Del relato de Carmen Tulia Ortega, precitado en el informe del diario El Espectador, de la edición del domingo 12 de octubre del 2014;

A mis hijos los mataron como unos animales y me piden que los perdone. Yo no tengo una tumba para ir a llorar, para llevarles flores a mis hijos para recordarlos. No puedo perdonar eso, ¿A mi quien me responde por todo este sufrimiento? Uno puede superar la muerte de los papas, de un hermano, pero de un hijo, eso es imposible. Y eso que soy muy católica.¹⁵⁵

Las fuertes divergencias consignadas por estos testimonios nos remiten a otro debate, aquel en torno a la relación del Estado consigo mismo y con sus ejecutorias, en tanto, la forma como las instituciones administran justicia y asignan cargas y deberes (Rawls) a los afectados por la victimización; máxime cuando ellas están ligadas a expedientes masivos y recurrentes de violaciones a los derechos humanos. En lo que resulta una dicotomía entre las lógicas rectoras de la vida institucional que debe reconocerse bajo los mandatos que provienen del ordenamiento jurídico y el comportamiento recurrente a lo largo de la historia del conflicto y el proceso de victimización, que registra no solamente evidencias reiteradas de la multiplicidad de actores violentos responsables de los hechos victimizantes sino de forma concomitante un extenso acumulado de conductas

¹⁵⁴ Colombia. Ministerio de Justicia. La Justicia transicional vista desde las Regiones, Hallazgos del proceso de participación social para el desarrollo de nuevos instrumentos de Justicia Transicional en Colombia. Ministerio de Justicia. Bogotá. Marzo 2014.

¹⁵⁵ Rincon Ortega, Maria Camila. El Espectador. Op.cit,

probadas que remiten a un incuestionable registro de responsabilidad estatal, más allá de hechos aislados y circunstancias esporádicas.

El paramilitarismo nació, se expandió y consolidó en todo el territorio nacional con el patrocinio del Estado colombiano. Esta realidad resulta incontrovertible e inocultable: el Estado le ha brindado respaldo legal, [1] altos funcionarios suyos han defendido la legitimidad de esas organizaciones, [2] los manuales del ejército lo evidencian, [3] funcionarios importantes se han comprometido con las organizaciones paramilitares, [4] la inacción dolosa del Estado frente a estos grupos, [5] denuncias de miembros de la propia fuerza pública. [6] En fin, el paramilitarismo responde al desarrollo de una estrategia estatal que va mucho más allá de una política contrainsurgente, de una respuesta puramente militar. Tal estrategia tiene profundos alcances de orden político, económico y social. El paramilitarismo ha sido funcional a los grandes capitales, a las multinacionales, al despojo violento de propiedades y al narcotráfico. Responde a un modelo de Estado y de sociedad definidos. Para ello, ha contado con el irrestricto apoyo del poder económico y político. Sus acciones en lo fundamental han tenido como blanco a la población civil, especialmente son sus víctimas las comunidades y personas que asumen una actitud crítica o de oposición frente a las políticas del Establecimiento. Para conseguir sus objetivos han acudido a la comisión de masacres, de etnocidios, de genocidios, de magnicidios, de asesinatos, de desapariciones forzadas, de torturas, de desplazamientos forzados, en fin, de una cadena interminable de crímenes contra la humanidad.

Esa enorme cantidad de crímenes, sin embargo, ha sido cobijada por una impunidad que también obedece a una política dirigida a amparar a los victimarios y desconocer los derechos de la sociedad y las víctimas a conocer la verdad, a obtener justicia y reparación integral. El Estado no ha adelantado acciones concretas y eficaces para superar la impunidad, tal como reiteradamente se lo han recomendado organismos internacionales. [7]

En este contexto el Estado tiene una responsabilidad sustancial. Establecer la verdad histórica sobre el fundamento y desarrollo del paramilitarismo exige que la sociedad colombiana y la comunidad internacional conozcan sin reservas, el papel jugado por el Estado en esta estrategia de terror que no solamente ha provocado enormes e irreparables daños en pérdida de vidas, sino que ha afectado profundamente la legitimidad del propio Estado, lo mismo que las posibilidades de construir una sociedad basada en principios democráticos que garanticen una paz duradera, basada en la justicia social. Cualquier proceso que propenda por establecer la verdad histórica sobre el paramilitarismo no puede inadvertir la responsabilidad estatal en el mismo, so pena de configurar un proceso de impunidad de inmensas y nefastas repercusiones políticas, sociales, económicas y culturales.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo. La historia de un proceso de impunidad contado en 19 párrafos, a propósito de la falacia de la "desmovilización" paramilitar. Prensa – Colectivo. Jueves, 2 marzo 2006.

Por lo que surgen en este caso, dos interrogantes de fondo; ¿Hasta dónde con este patrón de Estado que no se reconoce como responsable de los hechos victimizantes entramos en el terreno señalado por el Padre Javier Giraldo, de una conducta esquizoide, que se asume con toda la autoridad para ser actor - reparador sin responsabilidad justiciable del daño que el mismo genera?

Recapitulemos que el Estado Esquizofrénico como conceptualización nos refiere una entidad orgánica que se revela profundamente escindida y desintegrada que llega inclusive a percibirse a sí mismo como otro diferente; la ley 1448, se reconoce como un actor neutral frente a la existencia de millones de personas afectadas, que intenta promover y reconstruir como sujetos éticos a partir de sus propios presupuestos en tanto portadores de un drama humanitario que es necesario *intervenir pero no resolver*, garantizando que la verdad que surja del anterior no tenga consecuencias ni efectos jurídicos, con lo cual esta verdad no hace parte de la negociación del contrato social¹⁵⁷.

En los términos del padre Javier Giraldo, esto expresa una institucionalidad en procesos profundos *“de ruptura estructural entre ética y derecho que a su vez lo lleva a fraccionar las relaciones existentes entre el derecho administrativo y penal, la verdad procesal de la verdad real y el derecho internacional del derecho interno”*. A lo cual tendríamos que añadir, la ruptura adicional entre el constituyente del 91 y el nuevo marco de Justicia transicional.

¿Ante qué escenario estamos? ¿Le alcanza a la ley 1448 para configurar la recreación de la situación inicial de la que nos hablan la teoría de Justicia del Profesor Rawls y sus dos principios fundantes para el caso las víctimas del conflicto armado?

Puede reconocerse el contrato social del constituyente del 91 en la ley 1448, o es esta una referencia nueva de un contrato nuevo, y si ello fuera así, ¿Quiénes son los sujetos de este nuevo contrato y cuál es su configuración?

En términos de las posibilidades de postulación de un nuevo paradigma reformativo del pacto del 91, la ley 1448, adolece de referentes eje contenidos en la propuesta de la matriz de análisis. Su conformación conceptual se desplaza de la estructura de la teoría de la Justicia hacia una propuesta que si bien transforma las reglas de juego en materia del tratamiento a las víctimas que adquieren el reconocimiento de su condición por parte de los mecanismos de inclusión contenidos en la ley, está en realidad nos abre la puerta hacia un

¹⁵⁷ El interrogante es por aquello que no genera efectos jurídicos; ¿entra ó no en el escenario del contrato social en tanto no adquiere el suficiente respaldo en materia de validez formal y en muchos casos de legitimidad social? El Contrato social debe generar efectos jurídicos.

desmonte gradual de la capacidad de respuesta del Estado en materia de Justicia penal en beneficio de lo que las propias Naciones Unidas llaman “*sistemas masivos de asistencia a las víctimas*”.

Lo primero que se requiere para el montaje de estos sistemas, que adquieren rápidamente dimensiones burocráticas a gran escala¹⁵⁸ es la capacidad de registrar y dar cuenta de las víctimas mediante los métodos de focalización de sus necesidades y su ubicación social. Lo cual resulta distinto al registro de los hechos y sus nexos de causalidad, lo que se requiere en vez, es el registro sistemático de las víctimas como prioridad de la política pública. Es así como la ley 1448 nos remite a sus disposiciones más relevantes en este aparte, entre las cuales está la Red Nacional de Información para la atención y reparación de las Víctimas creado por el artículo 153 de la ley 1448. El principal instrumento de esta red es el Registro Único de Víctimas creado por el artículo 154, concebido como un sistema de información de masas que registra las víctimas en el país mediante un elaborado método de econometría y cartografía social y la recopilación y centralización de la información de todas las bases de datos del Estado en este campo.

Del informe *Basta Ya, CMH*, se consigna lo siguiente al respecto del enorme sistema de información creado e implementado a partir de la ley de Víctimas;

*El Registro Único de Víctimas fue creado a partir del artículo 154 de la ley 1448 del 2011 como un mecanismo para garantizar la atención y reparación efectiva de las víctimas. El RUV reúne a las víctimas reconocidas en la ley 397 de 1997 (desplazamiento forzado), la ley 418 de 1997 (convivencia y justicia), el decreto 1290 de 2008, (reparación individual), la ley 1448 de 2011 (víctimas y restitución de tierras) y las sentencias proferidas en el marco de la ley 975 de 2005 (justicia y paz) además de que contrasta datos de fuentes oficiales como el ICBF, la Fiscalía General de la Nación, el Programa Presidencial de atención Integral contra Minas antipersona, Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio de Defensa Nacional, Departamento de la Prosperidad Social, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Fondelibertad y Unidad de Protección.*¹⁵⁹

Del Primer Informe al Congreso de la República, 2014, de la Comisión de Seguimiento y Monitoreo al cumplimiento de la ley 1448 de 2011 se extrae la siguiente cita de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, (creada como organismo rector de la política hacia las

¹⁵⁸ Ver los presupuestos asignados a la ley de Víctimas para el caso de los rubros por gastos de funcionamiento del llamado Sistema de atención a las víctimas. Entrevista Paula Gaviria. Diario EL ESPECTADOR. Op.cit.

¹⁵⁹ Centro Nacional de Memoria Histórica. Op. Cit. pág 32

víctimas, por la ley 1448) en su respuesta al auto del 11 de marzo de 2014 de la sentencia T- 025 del 2005 de la Corte Constitucional, en lo que se refiere al sistema de información en desarrollo con ocasión de la ley de víctimas;

“En lo que se refiere al mejoramiento de los mecanismos de caracterización, la unidad de víctimas ha formulado una estrategia de identificación con enfoque de derechos, en la que intervienen todas las entidades que participan en la ruta de atención y reparación. La información obtenida está permitiendo identificar las carencias y condiciones particulares de la población desplazada, para de este modo, tomar decisiones sobre el acceso a la oferta institucional que permitirá la restitución de sus derechos”. Entre los objetivos específicos del MAARIV se encuentra el de “caracterizar cada uno de los hogares víctimas de desplazamiento forzado” y el PAARI busca “identificar las necesidades y capacidades de las víctimas”¹⁶⁰

El Ministerio de Justicia y el Derecho, a través de la Dirección de Justicia Transicional ha creado su propio sistema de información con relación a las víctimas objeto de las leyes 975 de 2005 y 1448 del 2011, en la cual ha recopilado información que supera las más de 400 mil víctimas pero que está proyectado para más de 3 millones y medio de personas. Este sistema denominado *Sistema Interinstitucional de Justicia y Paz*¹⁶¹ contiene bases de datos desagregadas en materia de Ruta Única de Atención a Víctimas, Protección de testigos y Víctimas, Protección de predios y bienes inmuebles, Administración de bienes, Beneficios jurídicos, Hechos victimizantes, Gestión procesal, Bases de datos de personas, bienes y grupos armados además de postulados a la ley 975 de 2005.

Lo que se suma a los sistemas propios de la Ley 1448, con lo cual el Estado colombiano logra acumular unos volúmenes importantes de información en torno a los hechos y afectados por el Conflicto armado. De hecho, a la fecha de corte del mes de agosto de 2014 y de acuerdo con la Red Nacional de Información de la Unidad Nacional de Víctimas, Colombia cuenta con un universo de víctimas de 6.431.981 personas registradas en el Registro Único de Víctimas, de las cuales 5.576.168 corresponden al fenómeno del Desplazamiento forzado, a la par que se tienen 7.364.378 hechos victimizantes registrados. Estas cifras obtenidas mediante los instrumentos creados por la ley 1448 evidencian la eficacia de la tarea de implementar sistemas de datos que resultan funcionales a ejercicios de planeación sistémica de las acciones y políticas que buscan establecer una serie de mecanismos en red que organizan a las víctimas en torno a procesos que resultan instrumentales a los requerimientos de las políticas públicas.

¹⁶⁰ Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la ley 1448 de los organismos de Control. Informe 2014. Op.cit

¹⁶¹ Colombia. Ministerio del Interior, Dirección de Justicia Transicional. Informe Avances y Resultados, Construyendo un solo lenguaje, para hablar de Reconciliación. 2012. Imprenta Nacional de Colombia.2012

Lo cual resulta razonable en términos del diagnóstico e implementación de las acciones del Estado, pero que deja abierto el interrogante por los victimarios; ¿Por qué no se acumula de la misma manera, información que permita ubicar, caracterizar y focalizar a los responsables de los hechos de victimización? ¿Acaso no resulta una ecuación desbalanceada a simple vista, poder dar cuenta de cada uno de los millones de hogares desplazados en el país y de las necesidades y capacidades de cada una de las víctimas en un universo de 6 millones de personas identificadas, sin caracterizar a uno solo de sus victimarios en el sistema de información ? Sin duda, esta dicotomía nos remite nuevamente a la noción fundante de *víctimas sin victimarios* que no solamente resulta transversal a las disposiciones de la ley 1448, sino que además es una clave en la identificación de los contenidos propios del modelo de justicia que subyace a la ley como tal. Un modelo que solo asigna cargas y responsabilidades a las víctimas como tales, en el marco de una concepción unidireccional, sin expresar mayor interés por actuar de forma integral ni de incluir en su perspectiva a los responsables. De forma tal, que en el marco de la nuestra indagación tenemos que señalar que dichos sistemas de información adquieren una significación más allá de sus propósitos administrativos iniciales, en el marco de una concepción unidireccional, concentrada en el extremo victimizado, sin expresar mayor interés por incluir en su perspectiva a los responsables.

Conforme a la visión del profesor Foucault, incorporada a nuestra matriz de análisis de contenidos, tenemos que señalar que podríamos estar entonces ante la construcción de un gigantesco *panóptico de las víctimas* en el medio social cuyos objetivos de fondo se corresponden con mecanismos propios de las sociedades disciplinarias. Lo cual nos remite a lo que el modelo del investigador Michel Foucault denomina la “táctica del poder” que busca la extensión del poder social de las instituciones del Estado lo más lejos posible y al mayor grado de costo – beneficio. En lo que el Profesor Foucault llama la suma de “*aumentar a la vez la docilidad y utilidad de todos los elementos del sistema*”. En una estrategia que de reivindicativa de los derechos de las víctimas se hace a la vez, estrategia de control y disciplina.

Es así como el esquema general de justicia en la ley de Víctimas se aproxima más a una reedición de un formato disciplinario de políticas públicas instrumentalizadas en función de la necesidad de *la terminación del conflicto como objetivo central de la Justicia transicional* que la negociación de un nuevo pacto social en procura de alcanzar grados cada vez más accesibles de justicia y de reelaboración del contrato en el cual cada persona ha de tener *un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás*.

Capítulo 4; Conclusiones; El modelo de Justicia en la ley de Víctimas

Para efectos de presentar las conclusiones en torno a la discusión sobre el modelo de Justicia en el objeto de nuestro examen, proponemos la siguiente noción como presupuesto base del desarrollo de la matriz teórica reseñada;

*La crisis humanitaria sin precedentes que vive Colombia, es a su vez, la expresión más dramática de una estela de conflictos estructurales y desfases traumáticos de la sociedad colombiana, el Estado y las instituciones. Lo cual en el fondo se explica en tanto una profunda ruptura de las estructuras de representación política democráticas en una sociedad socialmente polarizada, un territorio no reconocido legítimamente y en disputa por intereses y actores sociales enfrentados y una inveterada utilización de la violencia como forma primaria de resolución de los conflictos.*¹⁶²

Un proceso así descrito que adquiere las dimensiones que han venido siendo objeto de los mecanismos de registro de la ley 1448 solo puede comprenderse como el acumulado traumático del desarrollo de un conflicto armado interno continuado a lo largo de las últimas 4 décadas y la desinstitucionalización de la administración de justicia, la gobernabilidad sobre el territorio y la función pública electoral, entre otras.

Cualquier escenario de resarcimiento de estos procesos de exclusión política y de mediación frente a sujetos sociales violentamente segregados tiene que reconocer que la base de la crisis de estas negaciones es la destrucción del tejido social y el mundo del ciudadano. Con lo cual lo que queremos señalar es que por encima de todo, la existencia de la crisis humanitaria es en esencia, una crisis política de la sociedad en su conjunto que se expresa a través de las rupturas del orden comunitario y social y de sus grupos victimizados pero que remiten necesariamente a una fractura costosa del régimen constitucional y de la inviabilidad en Colombia de un proyecto de vida democrático - institucional. En particular del sacrificio de los valores constitucionales que señalan los fines del Estado Social de Derecho y que en nuestro caso, se inscriben en el marco de la paz, la justicia, la igualdad, la convivencia y la vida entre otros.

Lo cual implica de forma lógica, que la salida humanitaria de forma correspondiente, es una decisión propia de la política. Entendida como la manera en que las sociedades toman sus decisiones fundamentales en materia de convivencia, resolución de conflictos y la administración y control del Estado. Con lo cual aparece la referencia del Contrato social en el pensamiento liberal clásico

¹⁶² Bejarano S. Op. cit

que nos pareciera reclamar, la necesidad de organizar la sociedad de conformidad con una negociación que permitiera la superación del actual estado de cosas.

Lo anterior ha sido la base de la presentación de las fórmulas de Justicia transicional presentes en la ley 1448. Las implicaciones prácticas de este debate en nuestro medio, que señalan que los altos costos fiscales de este tipo de políticas públicas y las tensiones políticas propias de la negociación política del conflicto armado justifican la configuración de tratamientos alternativos al expediente humanitario y a la situación general de las víctimas, no es desestimable. Remite a lo que Naciones Unidas señala como la capacidad relativa e inestable de las jurisdicciones nacionales para imponer la administración de justicia en situaciones de conflicto. Se trata de una fase de transición real que implica desafíos reales a los cuales se tiene que enfrentar cualquier modelo de justicia, cualquiera sea su forma de concepción material y formal y el alcance de sus pretensiones. Tanto la Justicia transicional como la llamada jurisdicción ordinaria se enfrentan de forma inevitable a estos altos costos fiscales como a las más grandes presiones y tensiones en un escenario de negociación del conflicto.

En este sentido el propósito del ejercicio propuesto fue determinar hasta donde es posible interpelar el texto legal de la ley 1448, a partir de una teoría jurídica determinada, que obliga a abstraer en buena medida las necesidades prácticas propias del debate político del día a día, sobre las víctimas del conflicto armado y sobre la manera como se debe intervenir su situación, en aras de identificar el modelo conceptual sobre el cual descansan dichas políticas públicas. Dicho en términos del profesor Ferrajoli, se trata de identificar la *manera de entender el rol de la justicia*, la cual sin duda alguna remite a verificar desde el punto de vista teórico y práctico sus reales posibilidades de alcanzar sus objetivos en el todo social. Lo que implica necesariamente una trama interpretativa que reconoce la *ley de Víctimas* como un resultado histórico y dinámico, que se define a sí misma y que se define a partir de los hechos y perspectivas de aquello y aquellos que la rodean; en lo que planteamos anteriormente como *un cruce de sentidos propios y ajenos*.

Lo cual no exime a la ley 1448 en tanto sistema legal, de lo que El MOVIMIENTO DE VICTIMAS DE CRIMENES DE ESTADO referencia en su demanda a la ley de Justicia y Paz como deberes básicos del Estado; “(i) *el deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos*; (ii) *el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos*; (iii) *el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo*; (iv) *el deber de*

*respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso; y, (v) el deber de imponer penas adecuadas a los responsables.*¹⁶³

Obligaciones que no se asumen como parte de la concepción de la ley 1448, que se orienta hacia otro universo de lo justiciable, que se expresa en la focalización de la víctima y el intento por reparar los perjuicios causados en ella de manera exclusiva, concebida como objeto unidireccional de la política asistencial del Estado para el caso de su intervención del conflicto armado.

De forma tal que se consolida una perspectiva que conduce hacia nuestra hipótesis inicial que señalaba que la ley 1448 expresa un proceso de negociación del conflicto y una tendencia institucional a desmontar los preceptos fundantes del esquema básico del Estado Social de derecho, orientados por el valor justicia, contenidos hasta ahora en la Constitución política; y se avanza en este sentido hacia nuevos procedimientos que van más allá de los compromisos convencionales suscritos por el Estado colombiano, que ha reconocido de forma tácita y de forma expresa la imposibilidad de resolver el conflicto por medios institucionales ordinarios.

En tal sentido se refiere el senador del POLO, Iván Cepeda en su texto precitado, *“Justicia transicional para la democracia”* en el cual se reafirma la búsqueda de un nuevo escenario para resolver los graves conflictos del proceso de terminación del conflicto;

*La justicia y el resarcimiento de las víctimas en las condiciones de la construcción de la paz representan una gran complejidad que hace inviable reducir esta cuestión a un solo elemento; la justicia punitiva... de ahí que sea pertinente hablar de un sistema ó campo de la justicia transicional para el proceso de tránsito hacia la paz y la democracia. La cuestión de las víctimas y sus derechos en las condiciones de la terminación del conflicto armado hace parte de un conjunto de variados mecanismos, instrumentos, procedimientos e instituciones que deben ponerse en marcha en la secuencia que determine la hoja de ruta que establezcan los acuerdos de paz...*¹⁶⁴

Lo anterior sin perjuicio de que sin embargo, sea el mismo autor en el mismo texto quien reconozca la necesidad de incluir en el marco de ese nuevo campo de justicia, algunos de los escenarios propios del proceso ordinario en materia penal;

¹⁶³ EL MOVIMIENTO NACIONAL DE VÍCTIMAS DE CRÍMENES DE ESTADO, organizaciones de Derechos Humanos y Organizaciones Sociales. Demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 975 de 2005, *Op. Cit.*

¹⁶⁴ Universidad Nacional. Cepeda, Ivan. Diálogos de la Habana, miradas multiples desde la Universidad. *Op.cit.* pág.266

*Las víctimas piden que todos los autores de criminales contra la humanidad, tanto del Estado como de las guerrillas, afronten su responsabilidad penal ante los jueces y tribunales en los que se garantice sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En especial se reitera que no puede haber indulto, amnistía, o cualquier otra forma de impunidad para los crímenes de lesa humanidad. Para evitar que se mantenga la impunidad, que colapse ó se haga lenta la actividad judicial en la etapa de la posguerra, se propone la adopción de métodos de investigación y juzgamiento acordes al carácter de fenómenos de macrocriminalidad como son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las graves violaciones a los derechos humanos.*¹⁶⁵

Pero este nuevo “campo de la justicia” a la que se suscribe la concepción de la ley 1448 debe ser visto desde nuestra perspectiva de análisis, bajo dos criterios que hacen parte de la teoría jurídica expuesta; en primer término, la nueva institucionalidad debe sujetarse a la noción del profesor Rawls que exige que son *las instituciones las llamadas a ser justas*, antes que las personas, o en este caso, antes que las víctimas. Las víctimas como tal, no administran justicia ni reconcilian la sociedad, esa carga necesariamente la lleva el *Contrato social* y sus instituciones. Marco institucional que en los términos de Rawls debe operar a partir de postulados generales, universales en su aplicación, bajo un orden lógico, discernible y de forma definitiva. Es decir, no se puede ni legislar para los victimarios ni legislar para las víctimas, ni de forma coyuntural a partir de escenarios determinados, se debe actuar en función de la sociedad entera y en procura del proyecto colectivo de nación e institucionalidad. Revirtiendo además, en segundo lugar, la tendencia señalada por el padre Javier Giraldo, del *Estado esquizoide*, que no se reconoce como sujeto justiciable en materia de sus graves responsabilidades en el tema humanitario; buscando con ello romper el equilibrio institucional que persiguen las políticas públicas que se soportan en la impunidad de los victimarios de origen estatal.

En tal sentido el Estado Esquizoide presente en la ley 1448 expresa un equilibrio institucional que el profesor Rawls define en los siguientes términos;

Por supuesto, el hecho que una situación sea de equilibrio, incluso de tipo estable, no implica que sea justa o correcta. Lo único que significa es que dada la evaluación que los hombres hacen de su posición, actuaran eficazmente para conservarla. Sin duda es posible que un balance de odio y hostilidad sea un equilibrio estable: cada cual puede pensar que cualquier

¹⁶⁵ Universidad Nacional. Cepeda, Ivan. Diálogos de la Habana, miradas multiples desde la Universidad. Op.cit. pág .271

*cambio factible será aún peor. Lo mejor que cada uno puede hacer por sí mismo, acaso sea un estado de menor injusticia.*¹⁶⁶

Lo que se requiere entonces desde nuestra crítica al modelo de la ley 1448 es que se ordenen ciertos mínimos presupuestos teóricos para discernir entonces, ante qué tipo de modelo de justicia, cómo se estructura y cuáles son los alcances del mismo, de cara lo planteado por la ley 1448;

Máxime si aceptamos que la ley 1448 analizada, expresa desde su misma génesis la fractura del ordenamiento constitucional y legal vigente y que este proceso de la ley es en sí mismo un reconocimiento del hecho que señala que la Constitución del 91 fue incapaz de contener la violencia y asegurar la Paz. Y que lo que sucedió posterior a la sanción de la Constitución del 91 fue un nuevo período de “*guerra no convencional*” bajo la figura de la lucha por el territorio, el control de la población y el enfrentamiento de actores armados, regulares e irregulares, en una dinámica de dimensiones estratégicas, cada vez más degradada que colocó a la población civil como un objetivo militar; bajo ciclos intensivos de desinstitucionalización e impunidad que al día de hoy se mantienen con un alto costo de víctimas y de afectación profunda sobre la sociedad.

Si bien la ley 1448 expresa en este tipo de contextos, un modelo alternativo en materia de política criminal y de atención y reconocimiento a las víctimas que amplía las nociones básicas del Estado social de derecho en la materia, su configuración, conforme las nociones general de la Teoría de la Justicia del profesor John Rawls, no alcanza los preceptos que la eleven a configurar un nuevo escenario del contrato social o a recrear de forma consistente los valores y formas de la “situación inicial” del pacto Constituyente del 91.

Esto dicho porque a pesar que se formula una política de Estado, universal, pública y ordenada bajo un esquema específico de asignación de derechos y deberes en materia de la atención, reconocimiento y asistencia de las víctimas del conflicto armado en nuestro medio, bajo los preceptos de la llamada Justicia Transicional elevada a la condición de doctrina jurídica de rango legal y constitucional; esta pretensión no logra consolidar en sus presupuestos los estándares requeridos para satisfacer los lineamientos de una concepción jurídica ajustada a las demandas del modelo de justicia analizado en la matriz teórica que hemos referenciado. De la misma manera que no se alcanza a justificar de manera suficiente las cargas asimétricas en la asignación responsabilidades en sede de las víctimas en procura de los objetivos de alcanzar la paz y negociación del conflicto de la sociedad entera.

¹⁶⁶ Rawls, John. Teoría de la Justicia. Op.cit, pág. 120

La ley 1448 no reconoce al sujeto libre, autónomo, deliberante y constituyente en su conceptualización de la víctima que corresponde a su objeto legal. Al excluir a los victimarios de su concepción y su margen de acción, no incorpora en su haber una convocatoria a todos los actores del conflicto, luego no recrea la situación original propia del contrato social. No logra distribuir cargas, garantías y derechos de forma equilibrada y somete a las víctimas a una renuncia desproporcionada de su derecho de acceso a la justicia y sin una compensación adecuada en atención a esta carga. Instrumentaliza los sacrificios de las víctimas en torno al objetivo de terminación del conflicto con lo cual se niega el valor de las víctimas como fin en sí mismo y las convierte en medio para la consecución de propósitos diversos a la administración de justicia.

La ley consagra un modelo de impunidad para los hechos victimizantes a cargo del Estado con lo cual encubre las responsabilidades oficiales en materia del amplio y sistemático expediente de violaciones a los derechos humanos y crímenes de Estado perpetrados con fines encubiertos y sistemáticos. Con lo cual se advierte una incapacidad estructural para abordar la responsabilidad jurídica y política oficial en materia de los procesos de victimización. En eso se configura un déficit sensible e intencional en materia de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y la sociedad con respecto a las actuaciones de las instituciones públicas que remiten a la figura del “*Estado esquizofrénico*” y el equilibrio propio de la impunidad como soporte central de las políticas públicas. Con lo cual la carga de justicia queda en manos de los individuos y no de las instituciones.

De manera subsidiaria, la ley se ocupa de consolidar un régimen administrativo y burocrático a partir de un sistema masivo de información que se aproxima a una plataforma social de control que reedita formas del panóptico del poder, funcionales a las razones de Estado propicias para mantener la disciplina sobre las víctimas antes que al restablecimiento de sus derechos.

Este debate a su vez ha sido recreado por discursos oficiales y no oficiales que tratan de desjudicializar la discusión sobre el conflicto y sobre sus víctimas, al descartarse de forma repetida el valor justicia como el precepto fundamental de la resolución de los conflictos actuales y de las demandas de las víctimas. La ley 1448 expresa esta discusión en tanto se consagra el modelo de la Justicia transicional como una forma concreta de desplazar la resolución de graves crímenes de Estado y crímenes de guerra de las competencias de instrumentos propios de la jurisdicción nacional y de la jurisdicción internacional sobre la base de su alegada inviabilidad y en beneficio de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

¿Cuál sería el saldo final y la intencionalidad de apartarse de la Justicia como valor constitucional en materia teórica y funcional y de la ponderación en la frontera del derecho vigente en la cual prevalecen el valor de la paz, el núcleo fundamental del derecho a la misma y las reglas constitucionales que de ella emanan por encima de la justicia, el debido proceso y el bloque de constitucionalidad...? ¿A qué tipo de opinión, concepción o interés con origen en el todo social se está apelando? Se están conjugando los intereses concretos de las víctimas y la sociedad entera o a aquellas visiones o discursos que parten del interés de los actores responsables por los hechos victimizantes o que resultan proclives a ellos de forma funcional o formal y que no están interesados en asumir las consecuencias propias de la lógica jurídica.

La respuesta escapa al alcance de este ejercicio académico, lo cierto es que se intenta a través del esquema de justicia contenido en la ley 1448 resolver el conflicto armado - *sin jurisdicción* - y sin los valores jurídicos, morales y éticos asociados a la sociedad justa y libre de la prédica doctrinal precitada.

Basta consignar que el saldo de la contrastación conceptual realizada es señalar que el modelo de la ley 1448 revisado, nos conduce al punto señalado por la teoría de la Justicia en el profesor John Rawls que desde los argumentos propios de la ciencia, la lógica y la experiencia, nos advierte que no es posible estar obligado por instituciones injustas o que exceden los límites de la injusticia. Es decir, (a la manera de Rawls), los vínculos obligatorios presuponen instituciones justas, igualmente, las obligaciones igualmente presuponen actos voluntarios. Siendo la ley vinculante y obligatoria, ella debe descansar sobre instituciones justas que conciten un respaldo espontáneo. De lo contrario, podríamos terminar un proceso de búsqueda de la paz, que no resulte justo ni moral ni jurídicamente vinculante.

Máxime cuando hemos venido constatando que ley 1448 no está operando a partir de fenómenos que sucedieron en el pasado, sino sobre procesos de victimización que siguen operando en la realidad actual y que se desarrollan a la par con las políticas públicas contenidas en la Ley. Es decir, la ley 1448 coexiste con los fenómenos de victimización lo cual implica que su diseño conceptual y su estructura institucional resultan superados por los ciclos de violencia y manifestaciones de la degradación del conflicto que se pretendieron reparar, pero que siguen vigentes y que no han sido resueltos en la realidad. Que tanto de esta contradicción obedece a sus contenidos dogmáticos y a su filosofía de justicia resulta imposible de determinar, pero al no alcanzar su diseño unos mínimos sostenibles en materia de justicia, si se incorpora de forma inevitable como un todo asimilable, a un estado general de cosas, que no se concretan en una

concepción racional de sociedad justa y organizada, que logre realizarse con éxito por fuera del conflicto o más allá de él.

Un esquema que conduce a las víctimas por un camino que se aparta del contrato social y de sus principios axiomáticos y que corre el grave riesgo de reincorporarse de forma sustancial al ciclo de la violencia, la disciplina y el terror, propios del contexto que se pretendió intervenir, re - asimilando su lógica por medio de la cual, el sujeto deliberante dejó de ser un fin en sí mismo en un marco de justicia, con lo cual se hizo proclive a su propia destrucción.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia. Los Principios de la Justicia*. 3ra edición, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1997.

COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1448 (10 de Junio de 2011) “Por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan disposiciones” Diario Oficial. Bogota. Diciembre del 2011

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Juris, Teoría del Derecho y la Democracia, Metateoría del Derecho*, Traducción al Español, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Pg 36

HABERMAS, Jurgen. *La logica de las Ciencias Sociales. Disputa sobre el Positivismo*. 2 da Edición. Madrid.Editorial Tecnos S.A. 1990

CENTRO DE PENSAMIENTO Y SEGUIMIENTO AL DIÁLOGO DE PAZ, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Dialógos de La Habana, Miradas desde la Universidad*. Primera Edición. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "*Masacre de Mapiripan*" Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

INFORME DEL EQUIPO NIZKOR: *Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia: Doctrina, jurisprudencia y normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano*. 12 de Junio de 2007. Madrid, Bruselas. <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html#nizkor#nizkor>

GALLEGO Carlos Medina. FARC EP; *Flujos y Reflujos*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. 2011.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. *Basta Ya, Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*: Informe General. Bogota. Imprenta Nacional. 2013.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrados Ponentes: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. *Sentencia C – 370 de 2006*. Relatoría de la Corte Constitucional. Bogota. 18 de Mayo de 2006.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Traducción Perfecto Andrés Ibañez. Madrid. Editorial Trotta,

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. Primera Reimpresión en español. México. Siglo XXI. 2010.

BOTERO, Gil Enrique. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Temis:. Quinta Edición revisada. Bogota. 2011

GIRALDO, Moreno, Javier S.J. *Derechos Humanos y Cristianismo, Trasfondo de un conflicto*. Segunda Edición. Bogotá D.C. Editorial El Buho. 2010.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tercera Reimpresión. México D.F. 2012.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrados Ponentes: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA Dr. ALVARO TAFUR GALVIS Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. *Sentencia C – 370 de 2006*. Relatoría de la Corte Constitucional. Bogotá. 18 de Mayo de 2006.

CORPORACIÓN NUEVO ARCO IRIS “Parapolítica, la ruta de la Expansión paramilitar y los acuerdos políticos”. 2007 -2008. Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo,

DE CUPIS, Adriano. *El Daño*. Bosch, Casa Editorial. 1975. Barcelona, España.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. integrada por los siguientes Jueces: Diego García-Sayán, Presidente;Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente;Alberto Pérez Pérez, Juez; Eduardo Vio Grossi, Juez;Roberto F. Caldas, Juez, yEduardo Ferrer McGregor Poisot, Juez Sentencia en el caso “De las comunidades afro descendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 20 de noviembre de 2013.

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. La Justicia transicional vista desde las Regiones, Hallazgos del proceso de participación social para el desarrollo de nuevos instrumentos de Justicia Transicional en Colombia. Ministerio de Justicia. Bogotá. Marzo 2014.